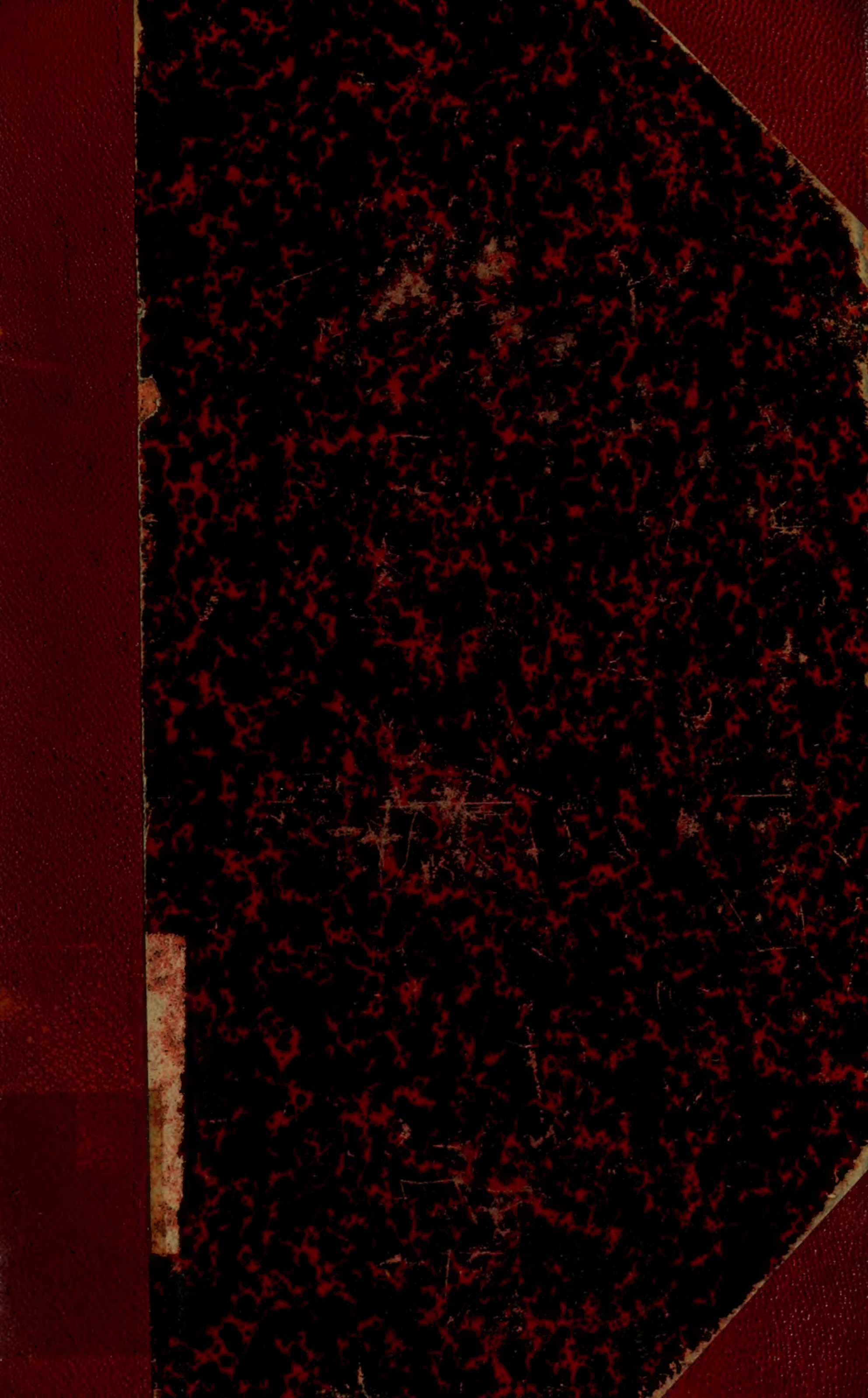
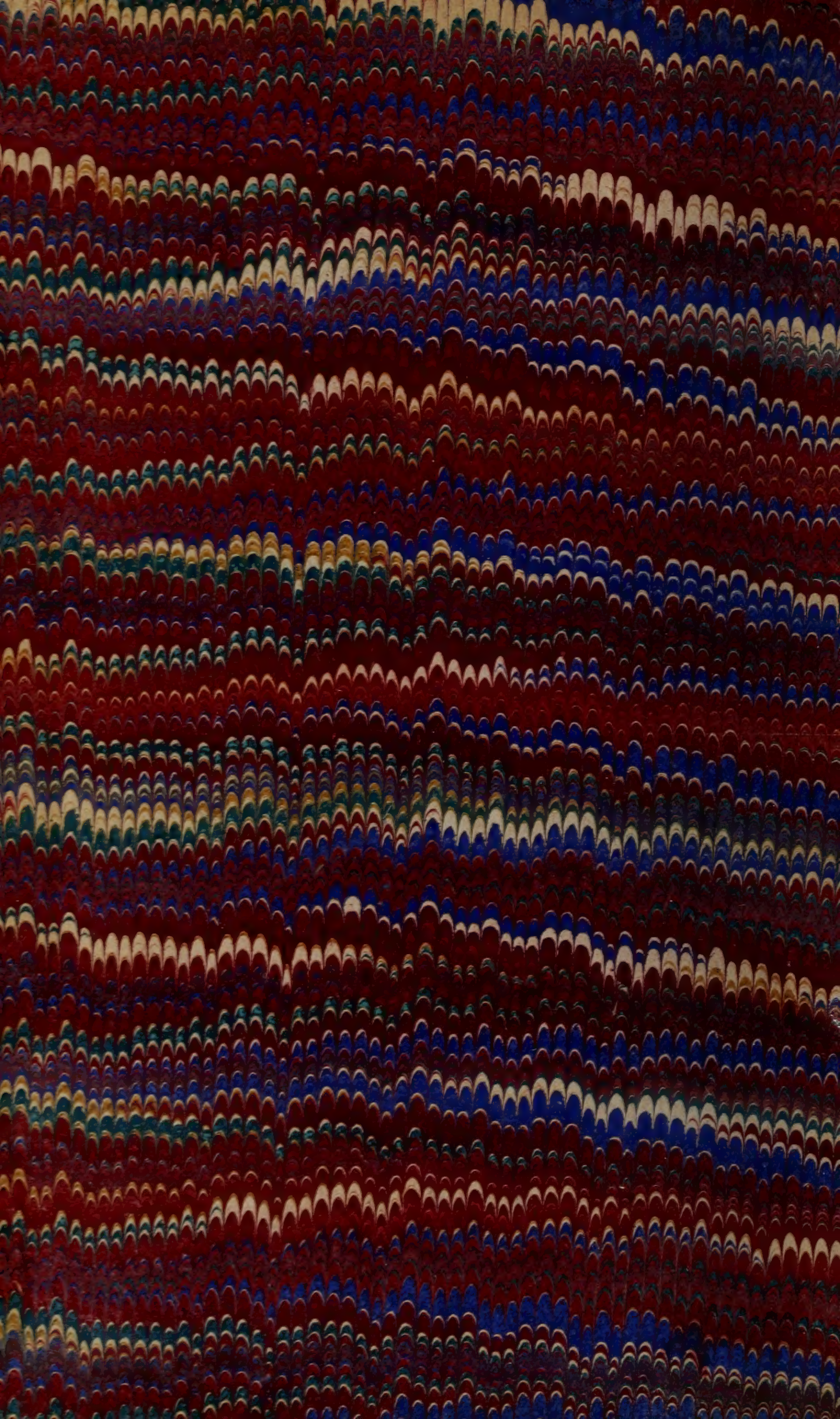
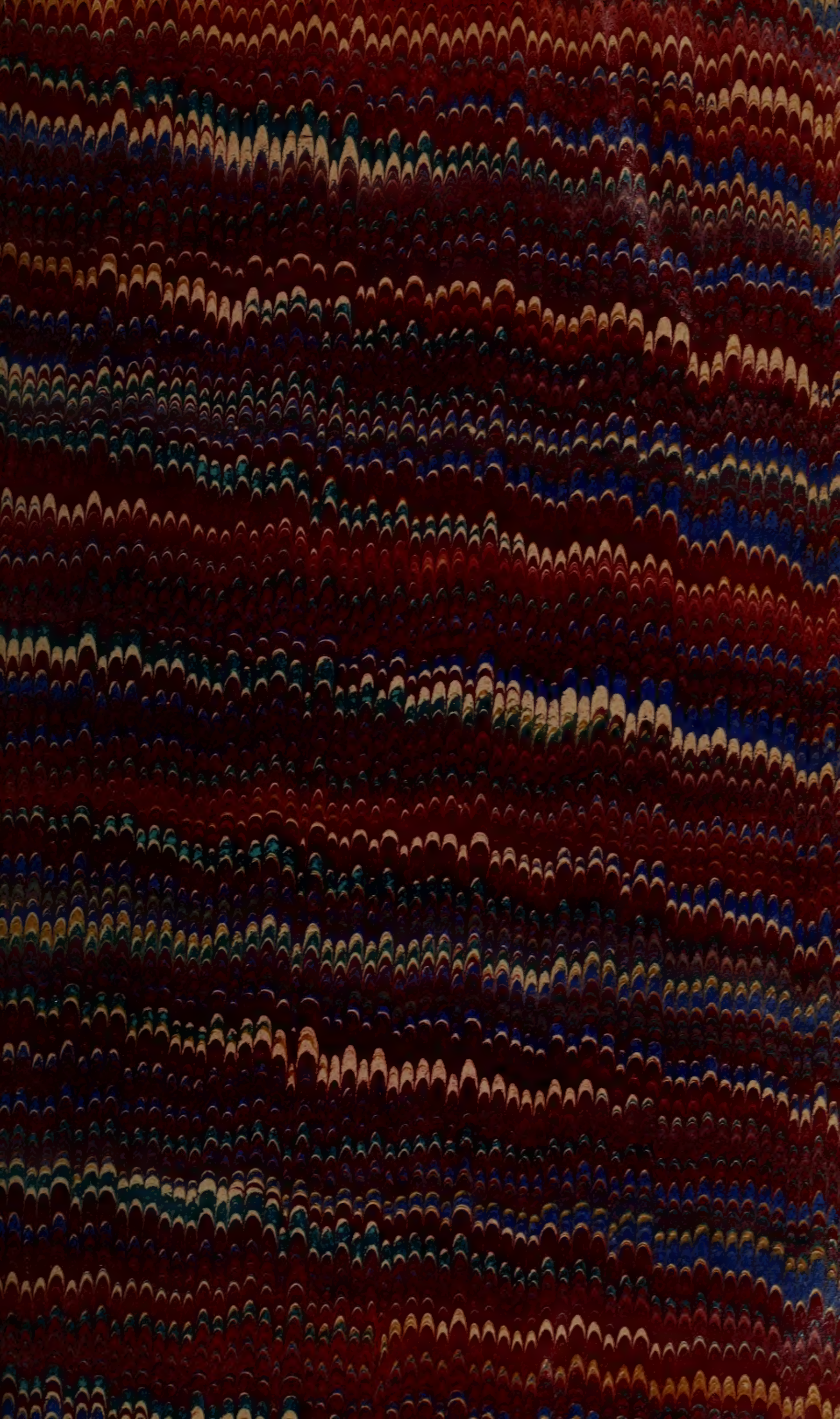
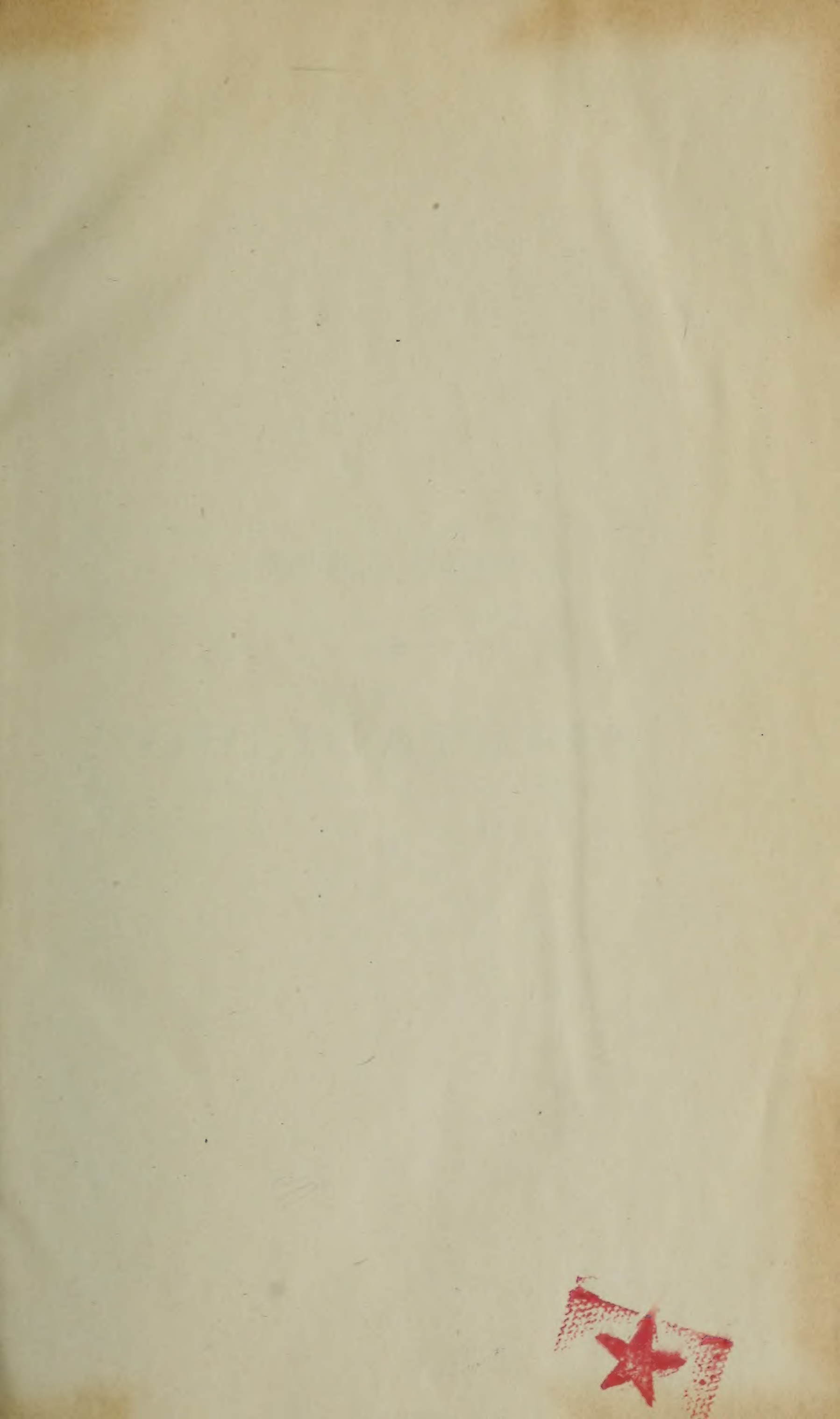








THÉORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

IV



OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

ET A LA MÊME LIBRAIRIE :

TITUS LUCRETIUS CARUS : De Rerum Natura

POÈME DE LUCRÈCE : La Nature

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard. — 2e édition, 1879, in-8° : 9 fr.

VIRGILII MARONIS : Georgica

POÈME DE VIRGILE : Les Géorgiques

Traduit en vers français, avec le texte latin en regard

1882, in-8° : 5 fr.

THEORIE ET PRATIQUE

DES

OBLIGATIONS

OU

COMMENTAIRE

DES TITRES III ET IV, LIVRE III DU CODE CIVIL

ARTICLES 1101 A 1386

PAR M. L. LAROMBIÈRE

Membre de l'Institut
Ancien Premier Président de la Cour d'appel de Paris
Président à la Cour de cassation

NOUVELLE ÉDITION

TENUE AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE

TOME QUATRIÈME

Articles 1226 à 1270

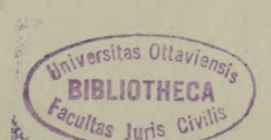
PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, Éditeurs
Libraires de la Cour d'appel et de l'Ordre des Avocats
G. PEDONE-LAURIEL, Successeur
13, RUE SOUFFLOT, 13

—

1885





CODE CIVIL

LIVRE III. — TITRE III

DES CONTRATS

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL

(Décrété le 7 février 1804. Promulgué le 17 du même mois.)

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES.

ARTICLE 1226.

La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

Sommaire.

1. Définition de la clause pénale. Son objet.
2. Son objet doit être différent de celui de l'obligation principale.
3. De la clause pénale dans les donations et testaments.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1226 donne la définition de la clause pénale. Les obligations avec clause pénale sont donc celles dans lesquelles le débiteur, pour mieux en assurer l'exécution, s'engage, par une clause particulière, à titre de peine et en cas d'inexécution, à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose.

Les caractères essentiels de la clause pénale se trouvent dans sa définition même. Elle est secondaire et accessoire; elle a pour but de garantir l'exécution d'une obligation primitive et principale, à l'inaccomplissement de laquelle elle est subordonnée, comme la peine à l'infraction. Cette clause, indice de défiance et moyen de sûreté, joue un rôle assez important dans la pratique du droit. Elle resserre le lien de l'obligation; elle supplée la loi et le juge, en faisant elle-même la loi privée des parties, et en constituant une condamnation anticipée et volontaire, pour le cas éventuel d'une inexécution. Comme sanction pénale d'une infraction civile, elle procure ainsi aux contractants une garantie plus précise et une sécurité plus complète. Il suffit d'un simple coup d'œil pour en entrevoir les principaux effets.

2. Quel que soit l'objet de la clause pénale, il doit être différent, par sa nature ou sa quotité, de celui de l'obligation principale. S'il lui était absolument identique, il n'y aurait, en réalité, aucune peine, et la clause serait parfaitement illusoire et ridicule, comme dans une semblable convention; vous me promettez tel cheval, et en cas d'inexécution, vous me payerez le même cheval.

3. La stipulation d'une clause pénale peut avoir lieu dans un testament aussi bien que dans un contrat. La volonté du testateur n'est pas plus gênée dans son expression que celle d'un contractant, et les principes qui la régissent sont exactement les mêmes.

Ainsi, un testateur peut valablement, pour mieux assurer l'exécution de son testament, apposer une clause pénale, par laquelle il prive ses légataires ou héritiers de tout ou partie du legs ou de l'hérédité, s'ils attaquent ses dispositions. Cette condition n'a en soi rien de contraire aux prohibitions de la loi civile. Qu'importe, en effet, que le testateur les prive ainsi conditionnellement, quand il peut ne leur rien donner du tout? Maître absolu de sa succession, il peut en disposer de la

manière qui lui convient le mieux, sans que nul soit fondé à s'en plaindre (1).

Un donateur peut pareillement, et par les mêmes raisons, stipuler une clause pénale dans son acte de libéralité entre vifs.

Il convient alors d'appliquer les dispositions de l'article 900 aux clauses par lesquelles un donateur ou un testateur enjoint à ses donataires, héritiers ou légataires de respecter ses libéralités, et de ne pas attaquer l'acte qui les contient, sous peine d'être déchus de tous les droits suivant lesquels ils ont été appelés à y participer. La clause pénale sera, par suite, réputée non écrite, comme le serait la condition simple, lorsqu'elle aura pour objet d'assurer l'exécution d'une disposition qui est frappée d'une nullité radicale et absolue, comme contraire aux lois, aux mœurs ou à l'ordre public (2).

Tels sont les cas où la clause pénale se réfère à un acte de disposition entre vifs ou testamentaire, qui est attaqué pour cause d'incapacité de la personne gratifiée; par exemple, un corps moral non régulièrement autorisé, tel qu'un hospice (3), soit pour cause d'incapacité de la part du disposant, de captation et de suggestion (4), de subtitution prohibée (5), d'ex-

(1) Voy. MERLIN, Rép., v^is *Peine testamentaire*. — TOULLIER, t. 5, n° 269. — GRENIER, *Donat.*, t. 1, n° 153. — TROPLONG, *Donat.*, n°s 264 et suiv. — Cass., 1er mars 1830. SIREY, 30, 1, 82. — 1er mars 1831. SIREY, 31, 1, 100. — 24 déc. 1834. SIREY, 35, 1, 128. — 16 août 1843. SIREY, 43, 1, 874. — 22 déc. 1845. SIREY, 46, 1, 5. — Amiens, 17 déc. 1846. SIREY, 47, 2, 233. — Cass., 9 déc. 1862. SIREY, 64, 1, 265. — Nancy, 13 février 1867. SIREY, 67, 2, 253. — Cass., 27 nov. 1867. SIREY, 68, 1, 65. — 7 juillet 1868. SIREY, 69, 1, 125. — 2 août 1869. SIREY, 70, 1, 132. — 15 fév. 1870. SIREY, 70, 1, 261. — 9 janv. 1872. SIREY, 72, 1, 107.

(2) MERLIN, Rép., v^is *Peine testamentaire*. — TROPLONG, *Donat.*, n° 264.

(3) Cass., 14 déc. 1825. DALLOZ, 26, 1, 27. — Pau, 7 déc. 1861. SIREY, 62, 2, 257.

(4) Cass., 27 mars 1855. SIREY, 55, 1, 702.

(5) TROPLONG, *Donat.*, n° 264. — Cass., 30 juill. 1827. DALLOZ, 27, 1, 329. — Nancy, 9 déc. 1871. SIREY, 72, 2, 71.

cès de quotité disponible (1), ou d'un vice de forme quelconque (2). Le maintien de la clause pénale aurait, en effet, pour résultat indirect, de maintenir des dispositions nulles et de faire fraude à la loi.

Toute partie intéressée est donc, nonobstant la clause pénale qui tend à l'en empêcher, recevable à attaquer l'acte de nullité, sauf à vérifier ensuite, d'après les résultats de son action, s'il y a lieu d'appliquer ou non la clause pénale (3), c'est-à-dire que, si elle triomphe dans sa demande, elle n'aura pas encouru la clause pénale qui, du même coup, est atteinte de nullité, tandis, au contraire, que si elle succombe, et si l'acte attaqué est déclaré valable, la clause pénale devra lui être appliquée. Elle plaide ainsi à ses risques et périls, et elle ne le fait impunément qu'à la condition de gagner son procès. Si donc l'acte est reconnu régulier et valable, les juges saisis de l'action devront, sur les conclusions reconventionnelles du défendeur, lui appliquer la peine dont la stipulation se trouve, dès lors, pleinement justifiée (4), sans qu'ils puissent néanmoins, dans aucun cas, priver les héritiers à réserve de la portion de biens que la loi leur assure.

Cependant, comme les tribunaux ont en cette matière un très large pouvoir d'interprétation, touchant la volonté du testateur, ils sont autorisés à déclarer la peine non encourue, même au cas où l'attaque dirigée contre le testament a été déclarée mal fondée. Il leur suffit de baser cette décision sur l'interprétation de l'acte, et sur la volonté du testateur éta-

(1) Cass., 14 mars 1866. Sirey, 66, 1, 353. — 9 déc. 1862. Sirey, 64, 1, 265. — 7 juill. 1868. Sirey, 69, 1, 125. — 22 juillet 1874. Sirey, 74, 1, 479. — 6 mai 1878. Sirey, 78, 1, 319.

(2) Troplong, *Donat.*, n° 266. — Caen, 15 juin 1863. Sirey, 64, 2, 292.

(3) Cass., 27 mars 1855. Sirey, 55, 1, 702. — Voy. Cass., 30 mai 1866. Sirey, 67, 1, 431.

(4) Troplong, *Donat.*, n° 265. — Cass., 22 déc. 1845. Sirey, 46, 1, 5. — Amiens, 17 déc. 1846. Sirey, 47, 2, 233. — Cass., 18 janv. 1858. Sirey, 58, 1, 177.

blissant qu'il n'a point entendu faire de la clause pénale une clause irrémissiblement irritante (1). Mais ce droit d'interprétation est très voisin de l'abus.

Article 1227.

La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. Comme, par sa nature même, la clause pénale est essentiellement secondaire et accessoire, elle ne peut subsister sans une obligation principale et primitive qui soit parfaitement régulière et valable. La nullité de l'obligation principale entraîne donc celle de la clause pénale (1227). On ne saurait, d'ailleurs, comprendre que le créancier pût stipuler, et le débiteur s'imposer une peine, à raison de l'inexécution d'une obligation qui, n'étant point valable, ne peut ni ne doit même être exécutée,

Tel est le cas où je vous vends, avec clause pénale, dans l'ignorance de sa perte, une chose qui, au moment de la vente,

(1) Voy. Cass., 22 déc. 1845. Sirey, 46, 1, 5.

était périe en totalité. Une pareille vente est nulle (1601). La clause pénale sera également frappée de nullité (1).

Tel est encore le cas où une clause pénale a été stipulée à la suite d'un acte de confirmation ou de ratification, déclaré nul pour inobservation des formes prescriptes par l'article 1338. La nullité de l'acte entraîne celle de la clause pénale. Car la peine n'a été stipulée que dans la pensée et dans le but d'assurer l'exécution d'une obligation valable. Le créancier ne pourra donc demander même la peine, à défaut du principal (2).

2. Les promesses de mariage sont souvent assorties d'une clause pénale contre celle des parties qui refusera d'exécuter la convention. Cette stipulation d'une peine, en cas de dédit, est-elle légalement obligatoire?

Sous notre ancienne jurisprudence, alors que le mariage était un acte exclusivement religieux, un sacrement, sa célébration était fréquemment précédée d'une convention qu'on appelait fiançailles, c'est-à-dire une promesse réciproque de s'épouser.

Les fiançailles n'étaient valables qu'entre personnes qui pouvaient valablement contracter mariage ensemble, respectivement libres, majeures, ou mineurs ayant au moins sept ans, mais agissant dans ce cas avec l'autorité de leurs parents ou tuteurs, et, dans tous les cas, avec le consentement des personnes dont le consentement était exigé pour la validité du mariage (3).

Souvent des arrhes étaient données pour garantie de l'exécution de l'engagement. Si le mariage manquait par la faute de celui qui les avait données, il les perdait sans répétition; si le mariage manquait par la faute de celui qui les avait reçues, il les restituait au double. S'il n'y avait enfin faute de

(1) L. 69, *ff. De verb. oblig.*

(2) *Contrà*, Duranton, t. 11, n° 333.

(3) Voy. Pothier, *Contrat de mariage*, n°s 23 et suiv.

part ni d'autre, elles se restituaient purement et simplement (1).

Mais Pothier (2) observe que, si les arrhes étaient trop considérables, eu égard à la qualité et aux facultés des parties, et qu'elles excédassent de beaucoup la somme à laquelle pouvaient être réglés les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de la promesse de mariage, celui qui les avait payées, et par la faute de qui le mariage avait manqué, pouvait les répéter, sous la déduction, toutefois, des dommages et intérêts par lui légitimement dus. C'est qu'il importe que les mariages soient parfaitement libres, et qu'une partie ne doit pas être placée entre la nécessité de contracter une union contre son gré, et la crainte de souffrir un préjudice trop considérable.

Aussi, Pothier (3) ajoute-il qu'on ne doit avoir aucun égard aux stipulations pénales par lesquelles un homme et une femme s'obligent à se donner respectivement quelque chose, en cas de refus d'exécuter les promesses de mariage qu'ils se sont faites, lorsque la chose promise excède les dommages et intérêts légitimes.

De pareilles stipulations sont aujourd'hui, en général, déclarées nulles par la doctrine et la jurisprudence, en ce sens du moins, que la partie qui a fait une semblable promesse ne peut, non-seulement être contrainte à lui donner une exécution stricte, mais encore être poursuivie et condamnée, pour le seul fait d'inexécution, à payer le montant de la peine (4). Il faut, en effet, reconnaître avec Pothier, qu'il importe à l'ordre public et même aux bonnes mœurs, que dans l'acte de mariage, qui intéresse à un si haut point la société tout entière, le consentement des parties soit libre de toute contrainte, et

(1) Pothier, *ibid.*, n° 42.
(2) N° 43.
(3) N° 44.
(4) Voy. cep. Toullier, t. 6, nos 293 et suiv. — Merlin, Rép, vis *Peine contractuelle*, § 3, n° 3.

dégagé de la pression d'un engagement pécuniaire qui en altère la liberté, si la loi consacre la validité d'une semblable obligation (1).

3. Ce n'est pas, cependant, que l'inexécution, sans motifs sérieux, d'une promesse de mariage régulièrement acceptée, ne puisse donner lieu à des dommages et intérêts contre celui qui a refusé de l'accomplir. Elle peut, en effet, suivant les circonstances, constituer un quasi-délit, dont réparation est due à la partie lésée. Mais il faut bien remarquer que, dans ce cas, les dommages et intérêts sont uniquement fondés sur l'existence d'un fait dommageable; qu'ils sont dus comme réparation d'un quasi-délit, aux termes de l'article 1382, et non comme dédommagement de l'inexécution d'un contrat valable; que, dès lors, ils ne doivent point comprendre le bénéfice dont la partie qui se prétend offensée a pu être privée, mais seulement le préjudice qu'elle a souffert (2).

Les tribunaux doivent donc apprécier ces dommages et intérêts, suivant les circonstances, sans avoir aucun égard à la stipulation pénale; de telle sorte que l'indemnité allouée pourra même être supérieure à la peine convenue.

Les éléments sur lesquels on doit calculer les dommages et intérêts sont les dépenses causées par les projets de mariage, la perte de temps éprouvée, l'affront subi dans sa réputation et dans son honneur par la partie envers laquelle il a été manqué de foi. Mais il ne faut point y comprendre les avan-

(1) Duranton, t. 2, nº 187, et t. 10, nºs 319 et suiv., et 329. — Favard, Rép., vº *Oblig.*, sect. 2, nº 2. — Zachariæ, t. 3, p. 233, nte 25, et t. 5, p. 752, 1re édit., et t. 5, p. 33, nte 24, et t. 8, p. 354, 4e édit.,

(2) Cass., 17 août 1814. Sirey, 15, 1, 18. — 21 déc 1814. Sirey, 15, 1, 159. — 6 juin 1821. Sirey, 23, 1, 41. — 27 juin 1833. Sirey, 33, 1, 548. — 7 mai 1836 (chambres réunies). Sirey, 36, 1, 574. — 30 mai 1838. Sirey, 38, 1, 492. — 11 juin 1838. Sirey, 38, 1, 494. — Paris, 16 déc. 1874. Sirey, 75, 2, 112. — Cass., 16 janvier 1877. Sirey, 77, 1, 165.

tages qui résultaient pour elle du mariage projeté. Car ils constituent une simple perte de bénéfice.

La grossesse de la femme, en donnant à la rupture un scandaleux éclat, peut constituer elle-même une cause de dommage, lorsqu'il résulte, soit des circonstances, soit des aveux de celui qui a délaissé la future, que la grossesse est le résultat de ses œuvres, et des facilités plus grandes qu'une promesse de mariage lui a procurées pour la séduire et l'abuser (1).

Ce n'est pas que le libertinage et la débauche puissent avoir droit à une réparation quelconque, et que la femme qui s'abandonne librement puisse demander des dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a volontairement souffert dans sa considération et dans son honneur. Mais la question n'est point posée dans ces termes.

D'un autre côté, on objecterait vainement que l'interdiction de la recherche de la paternité s'oppose à ce que, sous forme de dommages et intérêts, on impose la responsabilité d'une grossesse à celui qui a refusé d'exécuter une promesse de mariage. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'enfant demeure étranger au débat; qu'il ne peut ni souffrir ni profiter de la décision; qu'il ne s'agit pas de rechercher une paternité, contrairement aux prohibitions de la loi, et de la déclarer avec toutes ses conséquences légales, en ce qui touche l'état de famille; mais qu'il s'agit uniquement d'apprécier, en fait, l'existence, les causes et la quotité du dommage qui a pu être éprouvé par une femme délaissée en état de grossesse, à la suite d'une promesse de mariage inexécutée. La question de paternité restant entière, les tribunaux ont incontestablement le droit et le devoir d'examiner et d'apprécier, comme un des éléments du préjudice causé, l'abus de la séduction et le fait de la grossesse.

(1) Cass., 24 mars 1845. Sirey, 45, 1, 539. — Douai, 3 déc. 1853. Sirey, 54, 2, 193. — Bordeaux, 23 nov. 1852. Sirey, 53, 2, 245.

Il convient, toutefois, de s'armer d'une prudente défiance, afin de discerner, dans ces actions qui bravent le scandale, la juste réclamation de l'innocence et de la bonne foi trompées, des calculs imposteurs de l'intrigue éhontée et de l'immoralité cupide.

Nous placerons ici une judicieuse observation de Pothier (1); c'est que le juge, en condamnant à des dommages et intérêts la partie qui a manqué à une promesse de mariage, ne doit pas ajouter cette alternative, si mieux n'aime épouser. Un arrêt du parlement, du 10 mars 1713, l'avait défendue comme indécente.

4. Il n'y a que l'inexécution sans motifs sérieux d'une promesse de mariage qui puisse donner lieu à des dommages et intérêts. Ainsi, outre le consentement mutuel, exprès ou tacite des parties, les promesses de mariage régulièrement et valablement contractées peuvent être impunément inexécutées, en cas d'absence prolongée de l'un ou de l'autre (la loi romaine (2) autorisait la fiancée à ne pas attendre pendant plus de trois ans le retour du fiancé absent), de commerce criminel avec un autre, de maladie grave découverte depuis, de condamnation à une peine flétrissante, d'infirmités survenues, de renversement de fortune; en un mot, de l'une de ces circonstances qui, connues ou existantes dans le principe, auraient empêché tout projet de mariage (3).

5. Ce que nous venons de dire des stipulations pénales, ou dédits convenus dans des promesses de mariage entre les futurs eux-mêmes, il faut l'appliquer aux mêmes conventions, lorsqu'elles sont intervenus entre les parents ou tuteurs des futurs. Elles tendent toujours, en effet, à gêner la liberté des mariages par l'abus intéressé d'une autorité qui cesse d'être

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 54.
(2) L. 2, C. *De repud.*
(3) Pothier, *ibid.*, nos 55 et suiv.

tutélaire, et d'une influence illégitime que la loi et la morale réprouvent. Elles sontnulles, au même titre que les obligations que certains tuteurs se font faire pour négocier le mariage de leurs pupilles.

Voici ce qu'en dit Bretonnier (1) : « Il y en a qui les vendent au plus offrant. C'est pourquoi le parlement de Paris a rendu un arrêt célèbre, par lequel les obligations exigées par un tuteur de celui qui avait épousé sa mineure, ont été déclarées nulles. Cet arrêt est rapporté par Henrys, t. 2, liv. 4, ch. 16. Le 25 janvier 1488, le parlement de Rouen avait aussi défendu aux tuteurs et aux parents des mineurs de prendre aucune chose directement ou indirectement, pour donner leur consentement au mariage des mineurs, sous peine d'être privés de leurs successions. »

Ailleurs (2), Bretonnier cite l'article 670 de la coutume de Bretagne, qui avait sur ce point une disposition expresse, et il ajoute qu'il y a là un grand abus, dont il a vu plusieurs exemples; et nous aussi.

6. Le principe que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, reçoit exception lorsque la stipulation de cette clause a pour objet de suppléer, dans l'obligation principale, le lien de droit qui n'existe pas. Tel est le cas où, ne pouvant stipuler pour autrui, je stipule du promettant qu'il me payera tant, à titre de peine, s'il n'accomplit pas la prestation convenue au profit du tiers.

Tel est encore le cas où, ne pouvant promettre le fait d'un tiers, je me soumets à une obligation pénale, si ce tiers n'accomplit point la stipulation convenue. L'obligation principale, qui consiste dans la stipulation pour autrui, ou la promesse du fait d'autrui, est incontestablement nulle et ne produit aucun lien juridique; néanmoins, la clause pénale est valable,

(1) Quest., v[is] *Mariage des mineurs, in fine.*
(2) V[o] *Tutelle, in fine.*

en ce sens que le promettant ne peut contrevenir impunément à sa promesse, toute nulle qu'elle est (1).

Si nous conservons à cette clause le nom de clause pénale, que lui donne la loi romaine (2), ce n'est pas, cependant, qu'elle établisse une clause pénale, dans l'acception rigoureusement légale du mot. L'obligation avec clause pénale proprement dite suppose, en effet, deux obligations également valables et exigibles, dont l'une est principale et l'autre accessoire. Or, du moment que l'obligation soi-disant principale ne produit aucun lien de droit, et que l'autre obligation soi-disant accessoire est destinée a la suppléer, il n'y a, en réalité, qu'une seule obligation, qui est la clause pénale, subordonnée à la condition que l'autre ne sera pas exécutée. Nous avons déjà insisté sur le caractère purement conditionnel des obligations de cette espèce (3).

Il y a, de même, exception au principe posé dans l'article 1227, lorsque l'obligation principale étant nulle de droit, son inexécution donne lieu, malgré sa nullité, au payement de dommages et intérêts que les parties ont entendu régler par une clause pénale (4).

7. Si la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, la nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale (1227). Le principal ne saurait, en effet, dépendre de l'accessoire, et peut subsister sans lui. L'obligation est alors pure et simple, distraction faite de la clause pénale (5).

Nous devons remarquer, cependant, que la nullité de cette clause peut avoir, dans certains cas, quelque influence sur la validité de l'obligation principale. Ainsi, lorsque la nullité en

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 339.
(2) Instit. *De inut. stip.*, § 19.
(3) Voy. 1119, n° 6.
(4) Duranton, t. 11, n° 328.
(5) L. 97 et 126, § 3, *ff. De verb. oblig.*

est fondée sur ce que sa cause ou son objet est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux prohibitions de la loi, elle peut réagir sur l'obligation principale elle-même, en établissant qu'au fond elle est infectée du même vice, malgré les précautions prises par les parties pour le dissimuler. C'est alors une question d'examen et d'appréciation.

Article 1228.

Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

Sommaire.

1. Raisons de l'article 1228.
2. Le débiteur ne peut offrir la peine pour le principal.
3. Le créancier ne peut demander ni être contraint à recevoir partie de l'une et partie de l'autre.
4. Novation sous forme de stipulation pénale.
5. Différences de l'obligation pénale avec l'obligation alternative et l'obligation conditionnelle.

COMMENTAIRE.

1. Comme la clause pénale a pour objet de mieux assurer l'exécution de l'obligation principale ou tout au moins, de mieux garantir le créancier contre son inexécution, les parties ne sont point censées avoir eu l'intention, en la stipulant, d'étendre ou de restreindre l'obligation principale, ou de la résoudre simplement en l'obligation pénale (1). Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut donc poursuivre l'exécution de l'obligation principale (1228) (2), pourvu, toutefois, qu'elle soit possible; autrement, il est forcé de s'en tenir à la peine.

(1) L. 122, § 2, *ff. De verb. oblig*.
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 341.

2. Le débiteur ne peut de même valablement offrir le payement de la peine, pour se dispenser de l'exécution de l'obligation principale.

3. Le créancier ne peut demander ni être forcé de recevoir partie de la peine et partie du principal. Il doit avoir tout un ou tout autre; s'il n'a l'un, c'est l'autre qu'il doit avoir, une fois que la peine est encourue. Car, par la nature même de la clause pénale, il y a une sorte d'obligation alternative, mais au choix du créancier (1).

4. S'il avait été convenu que le débiteur, étant en demeure d'exécuter son obligation, serait tenu de payer tant ou de faire telle chose, sans que le créancier pût, dès lors, poursuivre l'exécution de l'obligation principale, il n'y aurait point, dans ce cas, d'obligation avec clause pénale; car l'obligation prétendue accessoire n'a aucun caractère de peine. Elle devient principale elle-même, en se substituant de plein droit à l'obligation primitive, aussitôt que la condition de la novation est accomplie (2). Comme cette convention produit des effets différents de ceux de l'obligation avec clause pénale proprement dite, il importe de ne les point confondre dans la pratique, et de les distinguer avec le plus grand soin.

5. L'obligation avec clause pénale présente, dans quelques-uns de ses effets, certains rapports avec l'obligation conditionnelle et l'obligation alternative. Cependant, elle en diffère d'une manière essentielle. Nous devons insister sur les caractères qui l'en distinguent.

Dans l'obligation alternative, quel que soit le nombre des choses qui y sont comprises, il n'y a jamais qu'une obligation unique, qui se détermine dans son objet par le choix du débiteur ou celui du créancier. Dans l'obligation avec clause

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, n°s 75 et 76.
(2) Pothier, *ibid.*

pénale, il y a, au contraire, deux obligations, l'une principale et primitive, l'autre accessoire et éventuelle. Si l'inexécution de l'obligation principale, qui est le cas où se réalise la seconde, vient à avoir lieu, il existe, dès lors, deux obligations pures et simples, ayant chacune un objet particulier. Le créancier peut, à son choix, demander la peine ou l'exécution de l'obligation principale, ou même, dans certains cas, ainsi que nous le verrons, le payement de l'une et de l'autre cumulativement. Dans l'obligation avec clause pénale, il y a ainsi substitution d'une obligation à l'autre, au choix du créancier, ou même multiplication des obligations; tandis que, dans l'obligation alternative, il n'y a jamais qu'une seule obligation, le choix fût-il déféré au créancier.

Elle ne diffère pas moins essentiellement de l'obligation conditionnelle, quoiqu'elle semble avoir avec elle une plus grande analogie. L'obligation avec clause pénale contient bien, si l'on veut, une obligation conditionnelle, qui est la clause pénale, en ce sens qu'elle est soumise, dans son existence, au cas de l'inexécution de l'obligation principale. Mais voici le principe de la différence essentielle qui les distingue : dans l'obligation conditionnelle proprement dite, il n'y a point d'obligation, tant que la condition n'est pas accomplie. Elle n'existe que par l'événement de la condition, pour la réalisation duquel aucune partie n'a action contre l'autre; tandis que, dans l'obligation avec clause pénale, bien que cette clause accessoire constitue une obligation conditionnelle, elle se rattache néanmoins à une obligation actuellement existante, à une obligation principale et primitive, que le débiteur n'est pas libre d'exécuter ou non, dont l'inexécution forme la condition de la peine convenue, et dont le stipulant peut toujours poursuivre l'exécution, alors même que son inaccomplissement a réalisé la condition sous laquelle la clause pénale avait été stipulée (1).

(1) Voy. Toullier, t. 6, n° 804.

Ce n'est donc pas sans étonnement que nous voyons M. Ducaurroy (1) poser en principe absolu que la peine stipulée et promise devient l'objet d'un contrat particulier, qui se forme conditionnellement pour le cas où une promesse antérieure resterait sans exécution, soit que cette promesse soit nulle ou valable. Toute clause pénale n'est ainsi, suivant son opinion, qu'un contrat subséquent, purement et simplement conditionnel, auquel on doit appliquer les principes relatifs aux conditions ordinaires et à leur exécution.

Qu'il nous suffise de signaler le point de départ de cette théorie, pour en faire comprendre toute la fausseté. Nous avons dit que la nullité de l'obligation principale n'entraîne point celle de la clause pénale, dans le cas exceptionnel où elle est destinée à suppléer le défaut de lien juridique dans l'obligation principale; par exemple, dans le cas où, ne pouvant régulièrement stipuler pour autrui, je stipule néanmoins, à titre de peine en cas d'inexécution, le payement d'une chose convenue. Or M. Ducaurroy, prenant l'exception pour le principe, en conclut que la validité de la clause pénale étant indépendante de la nullité de la stipulation principale, ne peut être considérée comme l'évaluation ni la représentation d'un intérêt qui peut ne pas exister, ni comme l'accessoire de l'obligation qu'elle est destinée à sanctionner. Mais nous l'avons déjà dit; la validité de la clause pénale n'est ici qu'une exception à la règle commune; et pourquoi y a-t-il exception? C'est que ce n'est pas une clause pénale proprement dite, et que le nom de peine ne lui est conservé que parce qu'elle sert de sanction à l'inaccomplissement d'un simple fait, pour l'exécution duquel le stipulant n'a aucun droit d'action. Au lieu d'une clause pénale, dans le sens légal du mot, il n'y a qu'une obligation conditionnelle. Aussi, est-ce bien moins une exception au principe de l'article 1227, que l'application d'un principe différent, étranger à la matière des véritables obligations avec clause pénale.

(1) *Institutes expliquées*, t. 3, p. 82.

Quand donc M. Ducaurroy énonce que la nullité ou la validité de la promesse principale est indifférente, en ce qui concerne la validité de la clause pénale, et qu'on ne doit l'apprécier qu'au point de vue de l'exécution de la condition, en conformité avec l'intention des parties, c'est tout simplement commencer par faire d'une obligation réellement conditionnelle une obligation pénale, parce que le droit romain lui a donné ce nom, pour en conclure que toute obligation pénale n'est autre chose qu'une obligation conditionnelle. L'erreur de son opinion vient ainsi de ce qu'il a pris une fausse dénomination pour la révélation d'un principe, au lieu de rectifier par la vérité des principes la fausseté d'une qualification, et de restituer à une obligation mal à propos appelée pénale, le nom mérité de simple obligation conditionnelle.

Les jurisconsultes romains, nos maîtres, qui ont traité la matière des contrats avec une supériorité si remarquable, et y ont saisi les nuances les plus délicates avec un sagacité si pénétrante, se sont bien gardés de tomber dans une pareille méprise. Voici ce que dit Paul (1) : Je stipule dans ces termes : si vous ne me donnez pas tel héritage, vous promettez de me donner cent francs. Les cent francs forment seuls l'objet de la stipulation, *in stipulatione sunt,* et l'héritage n'est qu'un objet de payement, *in exsolutione fundus.* Ainsi s'exprime le jurisconsulte romain ; c'est-à-dire qu'il n'y a qu'un engagement conditionnel, qui comprend seulement la somme promise, et que le promettant a la faculté de délivrer l'héritage convenu, et de faire défaillir par cette délivrance la condition potestative sous laquelle il s'est engagé à payer telle somme. Or, il n'y a là rien qui ressemble à une obligation avec clause pénale.

Paul ajoute immédiatement : mais je stipule que vous me construirez un vaisseau, une maison, et que, si vous ne le faites pas, vous me payerez cent francs. Voyons, dit-il, s'il y a là deux stipulations, l'une pure et simple, l'autre condition-

(1) L. 44, *ff.* § 5 et 6, *ff. De oblig. et act.*

nelle, et si la condition accomplie de la dernière ne frappe pas la première d'extinction, *et existens sequentis conditio non tollat priorem*, ou bien plutôt si la seconde absorbe en soi la première, et en opère en quelque sorte la novation, *an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat.* Il répond : c'est là la vérité, *quod magis verum est,* et nous le disons avec lui. Voilà bien le véritable caractère de l'obligation avec clause pénale. La peine stipulée pour le cas de l'inexécution de l'obligation principale, ne participe qu'imparfaitement de la nature des conditions proprement dites, et elle ne fait, lorsqu'elle est encourue, qu'absorber, par une sorte de novation réelle, l'obligation primitive dont le créancier renonce à poursuivre l'exécution, et qui ne se cumule pas avec elle.

Article 1229.

La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. — Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

Sommaire.

1. Comment la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts.
2. Peu importe qu'il n'existe pas de préjudice.
3. Le créancier ne peut demander que le principal ou la peine. Exception.
4. Exemple de ratification donnée par un mineur devenu majeur.
5. De la clause pénale insérée dans une transaction,
6. Ou dans un compromis,
7. Celui qui attaque la sentence doit d'abord payer la peine.
8. Le principe a lieu en matière de transaction.

COMMENTAIRE.

1. Le législateur revient ici sur la définition de la clause pénale. Mais la définition nouvelle qu'il en donne ne nous sem-

ble pas d'une exactitude rigoureuse. La stipulation d'une clause pénale a sans doute pour objet de régler à l'avance et à forfait le dédommagement dû au créancier, dans le cas où l'obligation principale est inexécutée. La certitude et la précision de ce règlement ne laissent désormais que fort peu de place à une contestation entre les parties, et n'en laissent aucune aux évaluations incertaines et arbitraires de la justice. Un contrat est substitué à un jugement, et la volonté même des parties, à l'appréciation des juges. La clause pénale est donc l'évaluation contractuelle des dommages et intérêts qui peuvent résulter pour le créancier de l'inexécution de l'obligation principale; et la chose qui en fait l'objet, en quoi qu'elle consiste, est réputée la compensation de ces dommages et intérêts. Mais ce n'est pas la clause pénale elle-même, comme le dit l'article 1229, qui est cette compensation.

2. D'un autre côté, il semble résulter des termes dans lesquels la disposition est conçue, que la clause pénale suppose l'existence d'un préjudice réel, par suite de l'inexécution de l'obligation principale, et en même temps une sorte d'équation entre l'importance de ce préjudice, et celle de la chose promise à titre de peine. En parlant de compensation et de préjudice souffert, l'article 1229 semble dire, en effet, qu'un préjudice doit réellement exister, et que, par leur importance respective, ce préjudice et la peine doivent entrer en compensation. Tel n'est point le sens de la loi : elle signifie uniquement, ainsi que nous l'expliquerons sous l'article 1231, que l'exécution de la clause pénale tient lieu des dommages et intérêts, quels qu'ils soient, qui sont dus au créancier pour inexécution de l'obligation principale. C'est en ce sens seulement qu'une compensation s'opère.

3. Comme la clause pénale a pour objet de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale, il en résulte qu'il ne peut en même temps demander le principal et la peine (1229). Il doit se contenter de l'un ou de l'autre, et ne

pas exiger les deux à la fois. S'il demande la peine, il ne peut pas réclamer autre chose ; car il est dans la nature de cette obligation accessoire qu'elle remplace et absorbe en soi, par une espèce de novation, l'obligation principale, *transferat in se, et quasi novatio prioris fiat* (1).

Cependant, si la peine avait été stipulée pour le simple retard apporté dans l'exécution de l'obligation principale, le créancier pourrait demander en même temps le principal et la peine (1229). Dans ce cas, en effet, le payement de chacune des deux obligations principales et accessoires a une cause distincte et séparée. L'exécution de l'une ne fait donc pas double emploi avec l'exécution de l'autre ; et le créancier, poursuivant l'accomplissement de l'obligation principale, exerce, indépendamment de la stipulation de la peine pour le simple retard, toutes les actions qui lui compètent au fond, suivant les règles ordinaires du droit (2).

Une seconde clause pénale peut même être stipulée, en outre de la première, pour le cas où l'obligation principale est inexécutée ; et quant à celle-ci, le principal et la peine ne se cumulent point.

4. Il n'est pas toujours facile de reconnaître si la stipulation pénale doit être acquittée sans préjudice de l'obligation principale, *rato manente pacto,* suivant l'expression de la loi romaine (3).

Par exemple, un mineur devenu majeur déclare confirmer, ratifier la vente qu'il m'a faite en minorité. Je stipule, de plus, une clause pénale pour le cas où il prétendrait revenir contre la convention. Malgré l'acte de confirmation et de ratification, il demande plus tard la nullité ou la rescision de la vente. Je pourrai, à mon choix, poursuivre l'exécution de

(1) L. 44, § 6, *ff. De oblig. et act.*

(2) Cass., 27 juin 1859. Sirey, 59, 1, 656. — 17 nov. 1873. Sirey, 74, 1, 250.

(3) L. 16, *ff. De trans.*

l'engagement principal, c'est-à-dire lui opposer l'exception qui en résulte contre sa demande, ou bien exiger la peine stipulée. Si je le fais déclarer non recevable ou mal fondé dans sa demande, je ne pourrai demander la peine : si je demande la peine, je ne pourrai lui opposer l'exception résultant de l'engagement principal (1). C'est que la peine a été stipulée pour tenir lieu de l'inexécution de l'obligation principale, et qu'elle ne peut concourir avec le payement de celle-ci.

Mais il en serait autrement, s'il résultait de l'intention des parties que la clause pénale a été stipulée pour le cas même où le mineur qui a ratifié et confirmé, viendrait à soulever une simple contestation. Comme la stipulation a dès lors été faite pour me garantir ou m'indemniser des désagréments d'un procès, elle doit être exécutée, sans préjudice de l'exécution de l'obligation principale (2).

5. On peut, dit l'article 2047, ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Cette disposition ne contient en elle-même aucune exception à la règle générale, que celui qui a stipulé une peine ne peut demander en même temps la peine et le principal. Lors donc qu'une transaction aura été assortie d'une clause pénale, en cas de contravention, la peine et l'exécution de la transaction ne peuvent être tout à la fois demandées (3).

Il faut, néanmoins, reconnaître que la nature même des choses apporte, en matière de transactions, une exception aussi large que le principe lui-même. Aussi, a-t-on prétendu ériger ici l'exception en un principe particulier aux transactions (4).

Si la peine a été expressément stipulée pour le cas où l'une des parties attaquerait la transaction, et sans préjudice de son exécution, *rato manente pacto*, il faut alors considérer la peine

(1) L. 10, § 1, *ff. De pactis*. — Pothier, *Oblig.*, n° 343.
(2) Duranton, t. 11, n° 346.
(3) Zachariæ, t. 3, p. 145, et t. 2, p. 330, nte 4, 1re édit., et t. 4, p. 667 et 114, nte 5, 4e édit. — Duranton, t. 11, n° 345.
(4) Toullier, t. 6, n° 830.

stipulée, comme destinée à dédommager l'autre partie du préjudice que lui cause cette simple attaque dirigée contre la transaction. Le principal et la peine peuvent alors être cumulativement exigés. Il ne saurait donc se présenter de difficulté que dans le cas où les parties ne se sont point formellement expliquées sur le sens et la portée de la stipulation pénale.

En fait, lorsque dans une transaction les parties stipulent une peine contre celle qui y contreviendra, leur intention est, en général, non-seulement de mieux assurer l'exécution du contrat, mais encore de lui imprimer un caractère définitif, irrévocable, et de se garantir contre les désagréments, les embarras et les frais d'un procès qu'elles ont voulu prévenir. Elles entendent punir l'esprit de mauvaise foi et de chicane, par la double et simultanée exécution de l'obligation principale et de la clause pénale. Ce qu'elles tiennent avant tout à empêcher, c'est la résurrection d'un procès éteint et la reprise de nouveaux débats, sans préjudice du maintien de la transaction. La clause pénale a ce double objet.

Les tribunaux ont ainsi, sur ce point, un pouvoir discrétionnaire d'interprétation. Mais ils ne doivent point oublier que le doute s'interprète en faveur du droit commun, qui s'oppose à ce que la peine et le principal soient demandés en même temps.

Tel est encore le cas où les parties stipulent, par forme de clause pénale, à la suite d'un acte de partage, que celle d'entre elles qui reviendra contre payera tant aux autres. Ces dernières pourront tout à la fois poursuivre le maintien du partage et le payement de la peine contre celle qui prétendra l'attaquer. C'est qu'alors la peine doit être considérée comme étant le dédommagement du procès engagé. La condition sous laquelle elle a été promise se réalise donc, indépendamment de l'exécution de l'obligation principale, par le seul fait qu'une action a été intentée (1).

(1) L. 122, § 6, *ff. De verb. oblig.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 348. — DURANTON, t. 11, n° 347.

Il arrive souvent qu'une transaction contient, outre l'accommodement sur procès, l'obligation, de la part des parties ou de l'une d'elles, de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Si la transaction est alors fortifiée d'une clause pénale, on peut facilement présumer qu'elle a été stipulée seulement pour le cas où les prestations qui viennent à la suite de la transaction ne seraient pas accomplies. Le créancier ne pourra donc demander que le principal ou la peine, et non les deux en même temps, toujours, bien entendu, à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard dans le payement de ces prestations accessoires (1).

Mais ce point est lui-même soumis à l'interprétation des tribunaux; car l'intention des parties a pu être que la peine fût encourue par le seul fait d'avoir contrevenu à la transaction, en intentant une action même déclarée non recevable ou mal fondée.

6. La stipulation d'une clause pénale faite dans un compromis contre celle des parties qui refusera d'exécuter la sentence à intervenir, n'est pas plus que celle faite dans une transaction en dehors des règles ordinaires du droit commun; c'est-à-dire que la partie contrevenante sera tenue de payer la peine ou d'exécuter la sentence, et que l'autre partie ne pourra demander que le principal ou la peine (2).

Le plus souvent, cependant, il sera conforme à l'intention des parties, sainement interprétée, de présumer qu'elles ont entendu faire encourir la peine à la partie contrevenante, sans préjudice de l'exécution de la sentence, et par cela seul qu'elle n'a pas voulu s'y soumettre. La peine est alors considérée comme une indemnité des embarras et des désagréments d'un procès, d'autant plus pénible qu'on a essayé de le prévenir par un arbitrage.

(1) DURANTON, t. 11, nº 345.
(2) DURANTON, t. 11, nº 349. — *Contrà*, TOULLIER, t. 6, nº 828.

7. Ce n'est pas que la partie qui a encouru, en y contrevenant, la peine stipulée dans le compromis, ne puisse interjeter appel de la sentence arbitrale et la faire réformer, dans le cas même où la peine doit être payée sans préjudice de la sentence rendue par les arbitres. Mais, en l'attaquant et en remettant en question, sur son appel, les points litigieux, elle plaide à ses risques et périls.

Comme la peine a été stipulée précisément pour dédommager l'autre partie des désagréments et des frais de cette nouvelle instance, avant tout elle doit être acquittée, et le créancier est en droit de l'exiger dès l'abord, parce qu'elle est due indépendamment du succès ou de l'insuccès de l'appel formé par l'autre partie. Il est, en effet, indifférent que cette dernière obtienne ou non la réformation de la sentence; elle ne pourra, en aucun cas, recouvrer la peine qui est définitivement acquise à son adversaire, alors même que la sentence serait réformée en tout ou en partie, pourvu, toutefois, que le compromis ne soit pas lui-même attaqué et annulé.

Mais si la peine est exigible immédiatement, par cela seul que la sentence est attaquée, nous ne croyons pas (1) que l'appelant soit tenu de l'acquitter préalablement, sous peine d'être déclaré non recevable dans son appel, ou déchu du droit de le poursuivre. Ce serait aller au delà de l'intention des parties, à moins que des circonstances particulières n'établissent qu'elles ont entendu que la partie contrevenante ne dût être reçue dans son appel que moyennant le payement préalable de la peine stipulée.

8. Des principes analogues régissent la stipulation pénale faite dans un acte de transaction, de partage, de confirmation ou de ratification, pour le cas où il serait contrevenu à l'engagement principal, et sans préjudice de son exécution, nonobstant le payement de la peine. La partie qui contrevient à ses

(1) *Contrà*, Toullier, t. 6, nº 828.

obligations se rend, par cela même, passible de la peine et est tenue de la payer immédiatement, parce que son exigibilité n'est soumise à aucune autre condition.

Du reste, la stipulation pénale ne s'oppose pas à ce qu'elle soulève toute contestation sur la validité de l'engagement principal. Mais elle plaide à ses risques et périls; c'est-à-dire que si elle échoue dans sa contestation, la peine n'en est pas moins acquise irrévocablement à son adversaire, qui cumule ainsi le double bénéfice de l'exécution de la clause pénale et de l'obligation principale (1).

Mais si l'acte de partage, de transaction, de confirmation ou ratification, est déclaré nul pour un vice quelconque, la peine, si elle n'a été déjà payée, cesse d'être exigible; et, si elle a été payée, elle doit être restituée, par voie de répétition de l'indû. La nullité de l'obligation principale entraîne alors celle de la clause pénale (2).

Article 1230.

Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.

Sommaire.

1. La peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure.
2. Peu importe qu'il soit certain, avant son échéance, que l'obligation principale ne sera pas exécutée.
3. La clause pénale n'est pas comminatoire.
4. Le terme de grâce n'en relève pas le débiteur.

(1) Toullier, t. 6, nos 831 et 834. — Troplong, *Transactions*, n° 106.

(2) Toullier, t. 6, n° 816. — Troplong, *ibid.*, n° 107.

5. De la clause pénale dans les obligations de ne pas faire. Exemples.
6. Des cas fortuits et de force majeure. La peine n'est pas due.
7. Du terme apposé à l'obligation principale ou à la clause pénale.

COMMENTAIRE.

1. Comme la clause pénale est la représentation des dommages et intérêts dus au créancier, à raison de l'inexécution de l'obligation principale, la peine n'est, à ce titre, encourue que dans le cas où les dommages et intérêts le seraient eux-mêmes. Or, comme les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation (1146), la peine elle-même n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure (1230).

Et, à cet égard, il est indifférent que l'obligation primitive contienne ou ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie. La mise en demeure n'en est pas moins nécessaire pour faire encourir la peine (1230).

Il nous suffit de rappeler que le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure (1139), ou bien encore lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer (1146).

Nous ajoutons enfin que les termes de l'article 1139 ne sont ni exclusifs, ni sacramentels, et que la dispense de mise en demeure résulte suffisamment d'expressions équipollentes et des clauses combinées de l'acte, témoignant formellement de l'intention des parties. Ainsi, il est satisfait aux prescriptions de la loi, lorsque, sans employer les termes mêmes de l'article 1139, il est expliqué que tout retard dans l'exécu-

tion fera encourir la peine convenue, de droit, de plein droit (1).

Toute mise en demeure devient, du reste, inutile, lorsque la partie s'est expressément départie du contrat et a formellement renoncé à exécuter ses engagements. Elle s'est, en effet, dès lors soumise elle-même à la peine convenue (2).

2. La condition sous laquelle la peine est due, est l'inexécution de l'engagement principal. Lors donc qu'un terme a été accordé, alors même qu'il serait déjà certain, avant son échéance, que l'obligation ne sera point exécutée dans le délai, la peine n'est pas encore encourue. Le créancier ne peut encore en demander le payement, pas plus qu'il ne pourrait demander des dommages et intérêts, tant que le débiteur a terme pour accomplir son engagement. Il doit attendre l'expiration de ce délai.

3. Les clauses pénales insérées dans un contrat, pour retard dans l'exécution, étaient autrefois réputées simplement comminatoires. Le juge pouvait, en conséquence, accorder au débiteur un délai plus ou moins long, avant de confirmer la peine stipulée. Cette concession, faite à une équité apparente, couvrait une grande injustice, et ne servait qu'à autoriser la mauvaise foi (3). Aujourd'hui, les clauses pénales doivent être exécutées en rigueur.

4. Le terme de grâce, accordé par le juge pour l'exécution de l'obligation principale, n'empêche pas la peine d'être encourue, et n'en relève point le débiteur. Autrement, ce serait violer la lettre et l'esprit du contrat (4).

Mais, sans que la peine cesse d'être encourue, le juge peut

(1) 1139, nº 7. — Cass., 27 avril 1840. Sirey, 40, 1, 728. — 18 fév. 1856. Sirey, 57, 1, 40.

(2) Cass., 28, fév. 1865. Sirey, 65, 1, 108. — 28 janvier 1874. Sirey, 74, 1, 213.

(3) Argou, t. 2, p. 281.

(4) Duranton, t. 11, nº 359.

toujours accorder, suivant les règles ordinaires, un délai de grâce au débiteur pour le payement de la peine ou de l'obligation principale, suivant que le créancier opte pour l'une ou pour l'autre.

5. L'article 1230 ne s'occupe point du cas où l'obligation principale consiste à ne pas faire; c'est qu'alors celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts, par le seul fait de la contravention (1145). La peine sera de même encourue sans mise en demeure, *ipso facto* (1).

Elle le sera même d'une manière irrévocable, alors même que la contravention n'aurait eu aucune suite, ou que ses suites auraient immédiatement cessé.

Tel est le cas de la stipulation pénale insérée dans une transaction, et par laquelle la partie qui attaquera l'acte s'engage à payer tant. La peine est irrémissiblement encourue par le seul fait d'un procès intenté, d'une demande formée, quand bien même ils seraient suivis d'un désistement. La condition sous laquelle la peine était due, est, en effet, accomplie, et son accomplissement est sans retour (2).

Les tribunaux doivent, cependant, apprécier la véritable intention des parties. Car toute condition doit être accomplie de la manière qu'elles ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût (1175). Les juges auront donc à vérifier si la condition sous laquelle la peine a été stipulée, c'est-à-dire la contravention à l'obligation primitive, est telle que, dans l'intention des parties, elle fût suffisante pour faire encourir la stipulation pénale. Ainsi, je stipule de mon voisin qu'il ne louera point sa maison à un ouvrier exerçant telle profession incommode. Le bail qu'il en aura consenti, tant qu'il n'aura pas été exécuté, ne donnera pas ouverture à la clause pénale.

(1) Douai, 7 décembre 1881. SIREY, 83, 2, 184.
(2) TOULLIER, t. 6, nos 834 et 835.

Car la condition de la peine est moins la passation d'un bail, que son exécution effective (1).

En appliquant ces principes au cas d'une peine stipulée contre celle des parties qui attaquera une transaction ou une sentence arbitrale, nous disons que la peine pourra ne pas être déclarée encourue, si le désistement a eu lieu immédiatement après le premier acte. Les juges peuvent alors décider que, dans l'intention vraisemblable des parties, la stipulation pénale a été subordonnée à la condition d'une contestation vraiment sérieuse, et non d'un procès en quelque sorte mort-né et étouffé à sa première origine (2).

Ainsi encore, lorsqu'il y a doute sur la portée de la clause pénale; lorsque le stipulant, par sa conduite et par son silence, a entretenu l'erreur du débiteur, qu'il a encouragé et autorisé l'infraction de la part de ce dernier, les juges peuvent ne pas appliquer la clause pénale aux faits passés et accomplis, mais la déclarer seulement applicable aux faits à venir. Dans ce cas, le créancier ne saurait demander la réparation d'un dommage qu'il a en quelque sorte volontairement souffert.

Par exemple, un ouvrier tailleur s'oblige, en entrant au service d'un patron, de ne point travailler dans telle ville, lorsqu'il quitterait l'atelier de celui-ci, soit pour son compte, soit pour le compte d'autrui, sous peine de dix mille francs. Comme cette convention présente quelque ambiguité, et qu'on ne voit pas que la peine soit également due au cas d'expulsion ou de sortie volontaire du promettant; comme il a pu croire, de bonne foi, ne pas l'encourir en travaillant dans le lieu convenu après son expulsion, en y travaillant surtout au vu et su de son ancien maître, pendant longtemps, sans réclamation de sa part, les juges peuvent ne pas le déclarer

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 348 — Toullier, t. 6, n° 835. — Duranton, t. 11, n° 353.

(2) Toullier, n° 6, 835.

passible de la peine pour le passé, mais seulement pour l'avenir (1).

6. Lorsque le débiteur ne s'est point chargé des cas fortuits ou de force majeure, il n'y a lieu contre lui à aucuns dommages et intérêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, il a contrevenu d'une manière quelconque à son engagement (1148). Lors donc que l'inexécution de son obligation provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, il n'a pas plus encouru la peine que les dommages et intérêts. On ne saurait, en effet, le punir que pour sa faute, sa négligence ou son dol, et non pour un fait dont il n'est point responsable.

A plus forte raison ne devrait-il aucune peine, si c'était par le fait du créancier qu'il eût été empêché d'exécuter son obligation (2).

7. Le terme apposé à l'obligation principale, en en retardant l'exigibilité, ajourne, par là même, le moment où la peine peut être encourue. Mais un terme peut être apposé seulement à la stipulation pénale. Dans ce cas, on rentre dans l'application des principes qui règlent les effets du terme joint à une condition. La clause pénale est alors soumise, quant à son existence, à la condition qui lui est essentielle, et, quant à son exigibilité, au terme convenu; tandis que l'obligation principale est sans terme et actuellement exigible. Il importe donc de distinguer avec soin si le terme est apposé à l'obligation primitive, ou seulement à l'obligation éventuelle.

Article 1231.

La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

(1) Douai, 26 avril 1845. Sirey, 45, 2, 555.
(2) L. 122, § 3, *ff. De verb. oblig.*

Sommaire.

1. La peine ne peut ni être augmentée ni réduite.
2. Le créancier n'est tenu de justifier d'aucun dommage.
3. Il peut se faire autoriser à exécuter, suivant l'article 1144.
4. Divers cas où les juges peuvent allouer en sus des dommages et intérêts.
5. Cas de dol et de fraude.
6. Cas où la peine a été stipulée sans préjudice de plus amples dommages et intérêts.
7. La peine peut être modérée en cas d'exécution pour partie.
8. Même en cas d'obligation indivisible.
9. Si l'objet de la peine est une chose indivisible, le créancier l'exigeant doit rendre ce qu'il a reçu.
10. Du cas où le créancier poursuit la résolution de l'obligation.
11. Le créancier peut refuser un payement partiel, ou faire des réserves.
12. Du cas où la peine masque l'usure.

COMMENTAIRE.

1. Comme compensation des dommages et intérêts, la clause pénale fixe et précise, à l'avance et par forfait, le montant de l'indemnité due au créancier, *ne quantitas sit in incerto* (1). Cette fixation devient, comme contrat, la loi privée des parties. Aussi, lorsque la convention porte que celui qui manquera d'exécuter son engagement payera une certaine somme, à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre (1152).

Dans le droit romain, cependant, le créancier pouvait demander un supplément d'indemnité, lorsque la peine stipulée était inférieure au préjudice (2). Et notre ancienne jurisprudence avait adopté ce principe, en conseillant, toutefois, au juge, de ne l'appliquer qu'avec une extrême réserve (3).

(1) Instit., *De verb. oblig.*, § 7.
(2) L. 28, *ff. De empt.*
(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 342.

Aujourd'hui, le créancier ne peut exiger plus que la peine, alors même qu'il aurait en main la preuve que l'inexécution de l'obligation principale lui a causé un dommage supérieur à l'indemnité convenue. Que deviendrait, en effet, la clause pénale, si, sous un semblable prétexte, le créancier pouvait incessamment remettre en question le chiffre de ses dommages et intérêts, et susciter une contestation que toutes parties entendaient prévenir? Ce serait aller directement contre l'esprit de la loi et de la convention.

Mais le débiteur prétendait-il que la peine excédait le dommage réel? le droit romain défendait de la réduire (1). Notre ancienne jurisprudence, mue par un sentiment d'équité, en autorisait, au contraire, la réduction à la somme du dommage réellement souffert (2). C'était une juste réciprocité du droit accordé aux juges d'élever la peine, dans le cas où le préjudice causé lui était supérieur.

Le Code civil, restituant à la convention sa force de loi privée, ne laisse plus de place à cet arbitraire masqué d'équité, qui est l'anarchie des contrats. Le juge doit allouer la peine, ni plus ni moins (3). « La peine stipulée par les contractants, disait Bigot de Préameneu au Corps législatif, fait loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait faire connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine? On doit appliquer ici les raisonnements faits sur la fixation d'une somme stipulée pour dommages et intérêts. »

2. Il en résulte que le créancier peut en exiger le payement, sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte, et alors même qu'il serait établi qu'il n'en a éprouvé d'aucune espèce.

(1) Instit., *De inut. stip.*, § 19. — L. 38, § 17, *ff. De verb. oblig.*

(2) DUMOULIN, *De eo quod int.*, nos 159 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, no 345.

(3) Cass., 14 fév. 1866. SIREY, 66, 1, 194.

3. Du reste, la stipulation d'une clause pénale ne prive point le créancier qui aime mieux poursuivre l'exécution de l'obligation principale, du droit que l'article 1144 lui accorde, de se faire autoriser à la faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur. Peu importe, alors, que les frais de cette exécution autorisée soient supérieurs ou inférieurs à la peine. Le débiteur en est tenu, sans plus et sans moins.

4. Il est cependant plusieurs cas où, sans préjudice et en outre de la clause pénale, les tribunaux peuvent allouer des dommages et intérêts. Mais ces divers cas ne sauraient, en réalité, constituer une exception au principe rigoureux posé dans l'article 1152. C'est qu'alors les dommages et intérêts auxquels le créancier a droit, sont fondés sur d'autres causes que celle dont l'événement réalise la stipulation pénale. Une cause nouvelle fonde ainsi un nouvel engagement.

Par exemple, j'ai stipulé une peine pour simple retard dans l'exécution de l'obligation principale. Après et outre cette première peine encourue, je pourrai poursuivre le débiteur en d'autres dommages et intérêts, s'il n'exécute pas du tout ou exécute mal l'obligation primitive. Le retard dans l'exécution est la condition de la peine, et l'inexécution au fond est la cause d'une nouvelle indemnité, à laquelle le créancier n'est point censé avoir renoncé pour avoir d'ailleurs stipulé une clause pénale.

Tel est le cas où, en vendant ma propriété, je stipule la somme de tant, par forme de clause pénale, pour le cas où le contrat sera résolu à défaut de payement du prix. L'acquéreur, évincé par suite de la résolution, a dégradé et détérioré la chose. La peine m'est due d'abord pour le seul fait de résolution, et de nouveaux dommages et intérêts doivent, en outre, m'être alloués pour les dégradations commises, parce qu'elles constituent une autre cause d'engagement étrangère à la stipulation pénale.

Tel est enfin le cas où, ayant acheté une propriété sous

clause pénale en cas d'éviction, je l'ai améliorée et ait été plus tard évincé. La peine m'est allouée, en premier lieu, pour le seul fait d'éviction, et pour m'indemniser de ce que la chose peut valoir au-dessus du prix de vente, par des circonstances indépendantes de mon propre fait (1633). Mais le vendeur sera tenu, en outre, de me rembourser ou faire rembourser toutes les réparations et améliorations utiles, nécessaires, et mêmes voluptuaires, suivant les circonstances (1634, 1635).

5. Si le débiteur avait contrevenu à son engagement par dol, fraude et malice, et qu'il eût par là causé au créancier un dommage supérieur à la peine, ce dernier pourrait exiger de plus amples dommages et intérêts, sauf à retenir la peine par voie d'imputation. La clause pénale n'a compris, en effet, dans ses prévisions, qu'un cas d'inexécution simple, et non les cas de malice, de mauvaise foi, de dol personnel, de fait exprès. Il y a là une cause nouvelle d'indemnité (1).

6. Si la clause pénale n'avait été expressément stipulée que sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, cette convention devrait être exécutée entre les parties. Il s'ensuivrait que le créancier pourrait obtenir une indemnité plus considérable, en justifiant de l'étendue du préjudice souffert, sans que, en aucun cas, la peine dût être réduite.

7. Elle peut cependant être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie (1231). L'exécution de la clause pénale doit, en effet, autant du moins que l'intention des parties et les circonstances de fait l'autorisent, se mesurer sur le degré d'inexécution de l'obligation principale; *pœna non committitur nisi pro parte contraventionis efficacis* (2).

Mais c'est une simple faculté pour le juge. Il peut en user ou ne pas en user, suivant les circonstances. Il lui est ainsi

(1) POTHIER, *Vente*, n° 151.
(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 112.

loisible d'allouer la totalité de la peine, alors même que l'obligation primitive a été exécutée en partie.

Les parties peuvent, au surplus, faire entre elles telle convention qu'il leur plaît à cet égard, et stipuler que la peine entière sera due, même pour la moindre infraction à l'engagement principal, ou quelle sera proportionnée à l'inexécution, d'après certaines bases prévues et déterminées (1).

8. Le principe que la peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, reçoit également son application dans le cas où il s'agit d'une obligation indivisible.

Ainsi, vous vous êtes obligé, sous peine de trois cents francs, à me laisser passer sur votre héritage pour transporter ma récolte. J'en ai à peine transporté la moitié, que vous m'interdisez tout passage. Je pourrai vous demander la moitié seulement de la peine, parce que vous avez exécuté votre obligation pour moitié. Ce n'est pas que la servitude promise ne soit indivisible, mais son exercice est d'une utilité appréciable en argent, et conséquemment divisible quant à l'évaluation de ses avantages (2).

Autre exemple cité par Pothier (3) : vous portant fort pour quatre copropriétaires, vous me promettez, sous la peine de tant, une servitude sur leur héritage. Trois ratifient votre promesse; un seul refuse. Le refus de ce dernier suffit pour me priver de la servitude en totalité. Cependant, comme les ratifications des trois autres peuvent me profiter, en ce sens qu'ils se sont reconnus envers moi débiteurs de la servitude promise, je ne puis exiger toute la peine qu'en me désistant du droit qui en résulte en ma faveur, c'est-à-dire en faisant résoudre le contrat. Autrement, je ne pourrai exiger qu'une

(1) Voy. Cass., 4 juin. 1860. SIREY, 60. 1, 653. — Pau, 10 janv. 1861. SIREY, 61, 2, 181.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 352.

(3) *Oblig.*, n° 353.

partie correspondante de la peine, parce que je ne puis avoir à la fois une partie du principal et la totalité de la peine.

9. Lorsque la peine consiste dans la prestation d'une chose indivisible, et que l'obligation principale a été exécutée en partie, le créancier ne peut exiger le payement de la peine, sans tenir compte de la valeur de la portion à laquelle les juges reconnaissent qu'il n'a pas droit (1). Car la peine peut aussi être réduite et modifiée, dans ce cas, et le créancier ne peut la cumuler avec le principal. Mais, au lieu de payer la valeur de telle ou telle portion de l'objet compris dans la clause pénale, nous croyons, et ce mode est plus simple, qu'il lui suffit de restituer ce qu'il a reçu à titre d'à-compte sur le principal.

Nous devons, toutefois, remarquer que, par cela seul que le créancier aura stipulé, à titre de peine, une chose dont le payement est indivisible, on pourra facilement présumer que l'intention des parties a été que la peine tout entière fût due, même dans le cas où l'engagement principal a reçu une exécution partielle.

10. Le droit que les juges ont de modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, doit enfin se combiner avec le droit qui appartient, dans certains cas, au créancier de poursuivre la résolution du contrat, même pour inexécution partielle. Si donc il use de ce droit et fait prononcer la résolution, comme cette résolution équivaut elle-même, en réalité, à une inexécution complète, dont le débiteur ne cesse point d'être responsable, la peine entière sera alors encourue, sans préjudice même de plus amples dommages et intérêts, ainsi que nous venons de l'expliquer.

Par exemple, j'achète une propriété, et je stipule une peine de tant, dans le cas où je serais évincé. Plus tard, un tiers m'évince d'une partie notable de la chose, et telle que je fais prononcer la résolution de la vente. Je pourrai, en consé-

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 354.

quence, exiger la totalité de la peine, comme si j'avais été évincé pour le tout; tandis, au contraire, que si j'avais gardé le surplus de la propriété acquise, les tribunaux, à raison de l'exécution pour partie, pourraient modifier et réduire proportionnellement la peine.

11. Le droit réservé au juges de modifier la peine, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, ne préjudicie pas au droit qu'a le créancier de refuser un payement partiel, et de faire ainsi encourir la peine pour la totalité (1).

Il peut, d'ailleurs, en recevant un à-compte, stipuler que la peine sera, à défaut d'exécution du surplus, encourue pour le tout.

12. Si la stipulation d'une peine n'avait d'autre objet, au fond, que de dissimuler une convention usuraire, il serait du devoir des juges de la réduire aux proportions des usures permises et de l'intérêt légal.

Cependant, si, dans la prévision expresse d'un besoin urgent, par exemple, pour prévenir l'exercice de la contrainte par corps, arrêter une expropriation, exercer un rachat, j'avais stipulé contre mon débiteur une peine de tant, à défaut par lui de me payer au jour indiqué, je pourrais exiger toute la peine, fût-elle supérieure au taux de l'intérêt légal. C'est qu'alors la stipulation n'est point une usure déguisée ni illicite; qu'il y a cause sérieuse et réelle de dommages et intérêts (2), et que je puis, conséquemment, stipuler très valablement une peine.

Notez que, dans ce cas, je ne serai tenu de justifier d'aucun préjudice souffert, et que la peine me sera due, alors même qu'il serait établi que, nonobstant l'inexécution de l'obligation principale, je n'ai éprouvé qu'un dommage moindre ou même nul (3).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 350.
(2) Voy. 1153, n° 18.
(3) Duranton, t. 11, n° 342.

Article 1232.

Lorsque l'obligation primitive, contractée avec une clause pénale, est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf le recours contre celui qui a fait encourir la peine.

Sommaire.

1. Du cas où il a été contrevenu par le débiteur,
2. Ou par ses héritiers. La contravention d'un seul fait encourir la peine pour le tout, si l'obligation est indivisible.
3. La peine peut être en totalité exigée contre le contrevenant,
4. Contre les autres pour leur part et portion,
5. Sauf le cas où la dette est hypothécaire,
6. Et sauf recours contre le contrevenant.
7. Les non contrevenants ne peuvent opposer le bénéfice de discussion.
8. Si plusieurs contreviennent, il sont solidairement tenus.
9. Des codébiteurs conjoints.
10. S'ils sont solidaires, chacun d'eux doit la peine solidairement,
11. Si l'objet de la peine est indivisible, elle peut être exigée en totalité, même contre les non contrevenants.

COMMENTAIRE.

1. Il nous reste à examiner comment la clause pénale doit être exécutée à l'égard des héritiers de la partie contre laquelle elle a été stipulée, en cas de contravention à l'obligation principale. Deux hypothèses peuvent se présenter.

La contravention a-t-elle été commise par la personne même contre laquelle elle avait été stipulée? A-t-elle été encourue par le fait et du vivant du débiteur? L'obligation de l'acquitter

passe aux héritiers, et elle est divisible ou indivisible, suivant que la prestation qui en fait l'objet est elle-même divisible ou indivisible. Dans ce cas, les principes relatifs à l'indivisibilité et à la divisibilité des obligations doivent recevoir leur application entière, conformément aux règles générales que nous avons développées plus haut.

2. La contravention qui donne lieu à l'ouverture de la clause pénale a-t-elle été, au contraire, commise par l'un des héritiers du débiteur, ou par quelques-uns d'entre eux, ou même par tous ensemble? Voilà une nouvelle hypothèse qui, subdivisée elle-même en plusieurs hypothèses secondaires, fait le sujet des dispositions des articles 1232 et 1233.

Les distinctions, si subtiles qu'elles puissent paraître quelquefois, sont ici fort importantes; car la diversité du point de fait entraîne une grande différence dans l'application du droit. Pour le jurisconsulte comme pour le législateur, la science des distinctions constitue, en grande partie, la science de la loi, pourvu qu'elle ne soit point poussée aux limites extrêmes où la subtilité la plus pénétrante sent défaillir le bon sens.

L'article 1232 suppose donc que l'obligation primitive, contractée avec une clause pénale, est d'une chose indivisible. Or, si l'un des héritiers du débiteur y contrevient, la peine sera-t-elle encourue pour le tout? L'article répond affirmativement à cette première question. Telle était, sous le droit romain, la décision de Caton et du jurisconsulte Paul (1).

3. Mais la peine peut-elle être demandée en totalité contre celui qui a commis la contravention? Notre article répond encore affirmativement à cette seconde question.

Ce point n'étant pas expressément résolu par la décision de Caton, on avait pu prétendre, sous l'ancien droit, que la contravention d'un seul héritier ne donnait contre lui ouver-

(1) L. 4, § 1, et 85, § 3, *ff. De verb. oblig.*

ture à la peine que pour sa part héréditaire, parce que l'obligation de payer la peine constitue une dette de l'hérédité, divisible aux termes du droit, si la prestation qui en fait l'objet est elle-même divisible.

Mais on répondait, avec une grande force de raison, que l'héritier qui avait contrevenu à l'obligation principale était tenu de la totalité de la peine, au moins obliquement et indirectement. En effet, la peine étant encourue pour le tout, et chacun des héritiers non contrevenants ayant un recours à exercer contre son consort, pour être indemnisé de sa part contributive dans la peine, le créancier doit au moins être admis, comme exerçant leurs droits, à exiger du contrevenant le payement de la peine, d'abord pour la part et portion des uns, et ensuite pour sa part personnelle, c'est-à-dire, somme toute, pour la totalité (1).

On sait que, aujourd'hui, la simplicité des nouveaux principes répugne à ce circuit d'actions, et que le Code civil donne alors l'action directe.

Même sous notre ancien droit, Dumoulin (2) accordait au créancier l'action directe en payement de toute la peine, contre l'héritier contrevenant. Et son raisonnement était aussi puissant que simple. L'obligation primitive est supposée indivisible; donc, il en est débiteur pour la totalité, sous la peine convenue. Donc, par sa contravention à une obligation dont il est tenu pour le tout, il encourt personnellement la peine en totalité. D'ailleurs, il n'en est pas tenu seulement comme héritier, mais en vertu de son fait personnel, ce qui est bien autre chose, ainsi que Dumoulin l'enseigne dans un autre endroit (3). Faute oblige; cette maxime est le principe de l'obligation de l'héritier contrevenant.

4. Quant aux autres héritiers, qui n'ont point personnelle-

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 356.
(2) *Div. et indiv.*, p. 3, n°s 138 et suiv.; n°s 173 et 174.
(3) *Div. et indiv.*, p. 3, n° 112.

ment contrevenu à l'obligation principale, ont-ils, par le fait de leur consort, encouru la peine, et, en tout cas, pour quelle quotité l'ont-ils encourue? L'article 1232 répond encore à cette troisième question. La peine peut être demandée à chacun d'eux pour leur part et portion seulement.

Comment se fait-il, cependant, que les cohéritiers non contrevenants soient tenus eux-mêmes de la peine, à raison du fait de leur consort? Ne semble-t-il pas conforme à la justice naturelle qu'ils ne doivent point, puisqu'ils sont innocents de l'infraction, être tenus de l'obligation principale, ni de la peine? Les dispositions de l'article 1232 sont néanmoins fondées sur les raisons les plus juridiques. Le promettant s'est, en effet, obligé, et a obligé ses héritiers, pour le cas où une infraction serait commise, soit par lui, soit par eux. Or, le fait d'un seul héritier constituant une infraction, la condition sous laquelle la peine était due se réalise, et tous encourent cette obligation secondaire, comme si le défunt, leur auteur, avait contrevenu en personne, c'est-à-dire pour leurs portions héréditaires (1).

Il faut, au surplus, considérer que, dans la plupart des cas, le créancier pourrait éprouver un grave préjudice de l'application de dispositions contraires. Supposez quatre, six, dix héritiers. L'un d'eux a contrevenu à l'obligation principale; mais lequel? Y en a-t-il un seul? Y en a-t-il plusieurs? Tous sont-ils également coupables? Comment le créancier s'y prendrait-il pour diriger son action, si le contrevenant seul était obligé? A moins de poursuivre tous les héritiers, il courrait risque, s'il ne prouvait la coopération de tous, de succomber dans les dépens, malgré l'infraction prouvée et le préjudice par lui souffert.

Ne pourrait-il pas, enfin, être victime d'une fraude, s'il n'avait de recours que contre le contrevenant seul, qui peut

(1) DURANTON, t. 11, n° 372. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 288, 1re édit., et t. 4, p. 53, 4e édit. — *Contrà*, RODIÈRE, n° 375.

être insolvable ou héritier pour une portion ridiculement minime? L'iniquité d'une loi qui consacrerait de pareils résultats serait plus grande que la sévérité prétendue de dispositions contraires (1).

5. Comme la peine est une dette de l'hérédité, il s'ensuit que, si elle est garantie par une hypothèque, chacun des héritiers détenteurs des biens hypothéqués en est tenu hypothécairement pour le tout (1232).

6. Chacun des héritiers non contrevenants qui a payé, sans profiter de la contravention, tout ou partie de la peine, hypothécairement ou pour sa part et portion virile, a un recours à exercer contre celui qui a fait encourir la peine (1232). Car il est garant envers eux des conséquences dommageables de son propre fait.

Et, pour l'exercice de ce recours, ils ont le bénéfice de la subrogation légale, comme ayant payé une dette dont ils étaient tenus pour ou avec d'autres obligés (1251, n° 3).

Mais, au lieu d'attendre, pour l'exercer, qu'un jugement ait été rendu, ils peuvent l'appeler à leur garantie, et conclure à ce que le même jugement qui les condamne, le condamne à les relever quittes et indemnes.

L'exercice de ce recours corrige, sans doute, la rigueur des dispositions de l'article 1232. Nous ajoutons que les non contrevenants ne seront pas poursuivis du tout, lorsque le créancier se sera borné à poursuivre le contrevenant seul, et qu'il aura réussi à se faire payer par lui la totalité de la peine.

7. Outre ce recours en indemnité contre le contrevenant, Dumoulin (2) accorde un autre droit aux héritiers qui n'ont point contrevenu. Il pense que le non contrevenant poursuivi, non pour une infraction qui lui soit personnelle, ou qui ait été

(1) Voy. Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, nos 20-30.
(2) *Div. et indiv.*, p. 1, n° 27.

commise par son ordre, mais seulement pour la contravention de son cohéritier, peut exiger, sans que le demandeur puisse s'y refuser, que le contrevenant soit poursuivi à ses risques, de lui défendeur, et sous sa promesse, avec caution, de payer le montant des condamnations à intervenir. Et, comme il n'est tenu que pour sa portion héréditaire, il lui suffit de donner caution jusqu'à concurrence de cette quotité. En indiquant cette opinion de Dumoulin, Pothier (1) semble l'approuver, et accorder, en conséquence, le bénéfice de discussion aux héritiers non contrevenants poursuivis en payement de la peine.

Bien que Dumoulin se vante d'avoir inventé ce remède, et de l'avoir mis le premier en usage, nous ne croyons pas qu'il puisse être employé sous le Code civil. Il n'y est nulle part consacré. C'est une procédure extrà-légale, que repoussent les principes du droit. L'héritier non contrevenant est, en effet, chargé d'une obligation suivant sa portion virile ; il n'a qu'à l'acquitter. Il ne saurait forcer son créancier d'exercer, même à ses risques et sous sa garantie, une action contre le contrevenant véritable. Pour être garanti par ce dernier, il n'a pas le droit de se substituer son garant comme débiteur, même en offrant de prendre la poursuite à ses risques et périls, et en se soumettant à donner caution. Ce n'est point un cas de cautionnement ordinaire, où le bénéfice de discussion n'existe que sous certaines conditions, et où même le garant ne peut prendre le fait et cause du garanti, et déterminer ainsi sa mise hors d'instance.

8. Si plusieurs des héritiers du débiteur avaient contrevenu à l'obligation principale, ils seraient tous tenus solidairement de la peine, chacun d'eux en étant tenu pour le tout. De ce qu'ils ont contrevenu ensemble, les uns avec les autres, il ne s'ensuit pas que chacun d'eux ne soit point coupable de contravention (2).

(1) *Oblig.*, n° 336.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 357. — DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 3, n°s 148 et 150.

Si tous avaient contrevenu, tous seraient, conséquemment, débiteurs solidaires de la peine.

9. Ce que nous venons de dire des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible contractée sous une clause pénale, il faut le dire également de plusieurs codébiteurs, non solidaires, d'une dette indivisible contractée de même sous une clause pénale. La contravention de plusieurs ou d'un seul fait encourir la peine. Elle peut être demandée en totalité contre chacun des contrevenants, et contre les autres pour leur part et portion virile, ou hypothécairement pour le tout, sauf recours contre celui ou ceux qui ont fait encourir la peine.

10. Si ces codébiteurs s'étaient engagés solidairement, la contravention de l'un d'eux ferait encourir la peine contre tous. Et chacun d'eux, même non contrevenant, en serait tenu solidairement pour la totalité; en quoi ils diffèrent des héritiers du débiteur, qui, n'ayant point personnellement contrevenu, ne sont tenus de la peine que pour leur part et portion (1).

11. Quand nous disons, avec l'article 1232, que ceux des héritiers du débiteur qui n'ont point contrevenu à l'obligation principale, ne sont tenus de la peine que suivant leur part et portion, nous supposons nécessairement que la prestation qui en fait l'objet est une chose divisible. Car, si elle était indivisible, elle pourrait être demandée en totalité, non-seulement contre le contrevenant, mais encore contre les autres, sauf leur recours. Et, dans ce cas, il n'y aurait point à distinguer si l'objet de l'obligation principale est indivisible ou divisible, puisque, dès l'instant que la peine est due, elle constitue une obligation dont le caractère s'apprécie par la nature de la chose qui en fait l'objet (2).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 355. — Voy. 1205, n° 5.
(2) Duranton, t. 11, n° 368.

Article 1233.

Lorsque l'obligation primitive, contractée sous une peine, est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. — Cette règle reçoit exception lorsque, la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.

Sommaire.

1. Si l'obligation principale est divisible, la peine se divise. Le contrevenant seul en est tenu pour sa part.
2. Conciliation de deux lois romaines. Article 1233, § 2.
3. Exemples.
4. Il peut y avoir solidarité entre les contrevenants, même en matière divisible. Cas de dol, de fraude.
5. Sens de ces mots : *qui a empêché l'exécution...*
6. Recours des non contrevenants.
7. Du cas où le créancier reçoit sans réserve un payement partiel.
8. Des coobligés conjoints.
9. *Quid*, si l'un des héritiers contrevient pour le tout à l'obligation? Distinction.
10. Du cas où il est contrevenu, à l'égard de l'un des héritiers du créancier.
11. Les articles 1232 et 1233 ne s'appliquent pas aux simples dommages et intérêts.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1233 dispose dans l'ypothèse où l'obligation primitive contractée sous une clause pénale est divisible. Dans

ce cas, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée, sans préjudice, toutefois, de l'action hypothécaire. Telle était, sous le droit romain, la décision de Caton (1). Les héritiers qui ont exécuté l'obligation principale sont ainsi quittes et libérés définitivement, soit que l'autre paye ou ne paye pas plus tard.

2. Les interprètes du droit romain ont fait effort pour concilier cette loi avec une autre qui semble contenir une décision contraire (2); à savoir que, lorsque l'un des héritiers du débiteur a satisfait lui-même pour sa part à l'obligation, il encourt néanmoins la peine, si son cohéritier n'y satisfait pas également, sauf son recours contre ce dernier, qui par son infraction a fait encourir la peine.

Voici comment Cujas, Dumoulin (3) et Pothier (4) ont opéré cette conciliation : lorsque l'obligation est divisible, et que chacun des héritiers du débiteur ne doit et ne peut l'accomplir que pour la part dont il est tenu comme héritier; lorsque, d'un autre côté, la stipulation d'une clause pénale a eu seulement pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation, et non d'en empêcher le payement partiel dont elle est susceptible de sa nature, dans ce cas, la décision de Caton reçoit son application parfaite. Celui-là seul qui contrevient à l'obligation, n'y contrevenant que pour sa part, n'encourt la peine que pour la part dont il est tenu dans l'obligation primitive.

Mais si, l'obligation étant divisible de sa nature, la clause pénale a été stipulée, afin que le payement ne pût se faire que pour le total et non pour parties, dans ce cas, chacun des

(1) L. 4, § 1, *ff. De verb. oblig.* — Voy. DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 1, nos 45-62 et 70.
(2) L. 5, § 4, *ff. De verb. oblig.*
(3) *Div. et indiv.*, p. 1, nos 62 et suiv.
(4) *Oblig.*, n° 359.

héritiers, en satisfaisant pour sa part à l'obligation principale, encourra néanmoins la peine, si son cohéritier n'y satisfait pas également, sauf recours contre ce dernier. Et c'est là l'hypothèse pour laquelle dispose la loi 5, § 4, *ff. De verb. oblig.*

Cette ingénieuse interprétation qui, outre le mérite de concilier deux lois en apparence opposées, assure si bien l'exécution du contrat d'une manière conforme à l'intention des parties, a été pleinement adoptée et consacrée par le Code civil. L'article 1233 apporte, en effet, une exception à la règle qu il vient de poser, lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, ajoute-t-il, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.

Toute la question est donc de savoir dans quelles circonstances la clause pénale a été ajoutée dans l'intention d'imprimer à l'obligation principale un caractère d'indivisibilité que sans elle elle n'aurait pas.

3. Tel est le cas où il s'agit d'une obligation contractée sous une clause pénale, de payer tant tel jour, en tel lieu, pour l'exercice d'une faculté de rachat, ou la consommation d'une opération de commerce. Le promettant meurt laissant deux héritiers, dont un seul contrevient à l'obligation, tandis que l'autre fait offres de la part dont il est tenu. La peine ne laissera pas d'être encourue pour le tout par le contrevenant, et par l'autre, seulement pour sa portion. C'est qu'il résulte de l'intention des parties, que le payement ne pouvait être effectué par parties (1).

Il en est de même lorsque la clause pénale a pour objet d'assurer l'exécution d'une transaction ou d'un compromis,

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, n° 72. — Pothier, *Oblig.*, n° 359.

parce que l'infraction même d'un seul, met le stipulant dans les embarras et les difficultés d'un procès qu'il a voulu éviter (1).

Nous appliquons les mêmes principes au cas où j'achète ou loue une propriété, sous la stipulation d'une peine. Comme j'ai entendu acquérir ou louer non une partie, mais la totalité de la chose, l'infraction commise par l'un des héritiers du vendeur ou du bailleur fera encourir toute la peine, même à l'égard de ceux qui déjà ont exécuté ou ont fait des offres, en ce qui les concerne. Mais elle ne sera encourue contre eux que pour leur portion seulement (2).

4. On voit que si la peine est encourue pour le tout, c'est qu'il a été expressément ou implicitement convenu qu'elle serait encourue tout entière, en cas de non payement intégral, *si tota soluta non esset;* de telle sorte que la condition porte sur le tout, par l'énergique propriété des termes, *ex vi et ex proprietate verborum*. Mais, à part ces cas particuliers, la peine se divise, comme l'obligation principale elle-même, à l'égard de chaque contrevenant, et n'est encourue que dans la proportion de chaque infraction individuelle (3).

Du reste, nous n'entendons rien dire qui fasse préjudice à la solidarité qui existe entre tous les contrevenants, lorsqu'ils se sont rendus coupables, quoique en matière divisible, de dol, de fraude, de mauvaise foi ou d'infraction à une obligation précise de soins, de surveillance et de bonne foi qui, de soi, est indivisible (4).

5. Il convient de faire attention aux expressions dont se sert l'article 1233. La peine entière peut être exigée contre celui qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. Ces mots, *qui a empêché*, ont une valeur et un sens particuliers. Il en résulte que la peine n'est pas encourue pour le tout

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, nos 80 et suiv.
(2) L. 85, § 6, *ff. De verb. oblig.* — Pothier, *Oblig.*, n° 359.
(3) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, nos 45-62 et 70.
(4) Dumoulin, p. 3, n° 201, *Div. et indiv.*

par celui des héritiers du débiteur qui offre sa part dans la dette, alors même que le créancier la refuse comme payement insuffisant. Comme il est prêt à accomplir l'obligation, pour sa part, on ne peut dire de lui qu'il en empêche l'exécution pour la totalité. La peine ne pourra donc être exigée contre lui que pour sa portion seulement; elle ne pourra l'être, pour le tout, que contre ceux qui auront réellement empêché l'exécution de l'obligation en refusant de joindre leurs offres à la sienne, afin de compléter un payement intégral (3).

6. Ceux des cohéritiers qui, étant prêts à accomplir pour leurs parts l'obligation principale, auront néanmoins encouru pour leurs portions la peine stipulée, par le fait ou la faute de leur consort qui en a empêché l'exécution, auront à exercer contre ce dernier un recours en indemnité. Car il leur doit réparation du dommage causé (1233).

7. Si le créancier avait accepté volontairement un payement partiel, de la part d'un ou de plusieurs héritiers du débiteur, sans aucunes réserves, il ne pourrait ensuite exiger la totalité de la peine, en cas qu'elle fût encourue pour le surplus. Les juges pourraient alors la modifier, suivant les circonstances, à raison de l'exécution partielle qu'aurait reçue l'obligation principale. Le créancier serait censé avoir renoncé, en acceptant un payement partiel sans réserves, au bénéfice de l'indivisibilité. Et non-seulement la peine serait susceptible de réduction à l'égard des contrevenants, mais encore elle ne pourrait être exigée contre ceux qui auraient satisfait pour leurs parts et divisément à l'obligation primitive. Cette question de renonciation est, au surplus, soumise à l'appréciation des circonstances.

Mais, si le créancier avait fait toutes réserves, la peine serait encourue pour le tout, le cas échéant, par les héritiers du débiteur qui auraient empêché plus tard l'exécution de

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 360. — DURANTON, t. 11, n° 379.

l'obligation primitive, et pour leurs portions seulement par ceux qui auraient fait un payement partiel. Toutefois, le créancier ne pouvant avoir le principal et la peine devrait, en exigeant la peine, offrir de rendre ce qu'il aurait reçu (1).

8. Les dispositions de l'article 1233 ne s'appliquent pas seulement lorsque le débiteur laisse plusieurs héritiers, mais aussi lorsqu'il y a plusieurs coobligés simplement conjoints. C'est à peine même si nous avons besoin de faire cette observation.

9. Nous avons jusque-là supposé que l'héritier du débiteur qui avait fait encourir la peine, avait simplement contrevenu à l'obligation pour la portion dont il était tenu. Supposons, maintenant, qu'il y ait contrevenu qour la totalité. Par exemple, j'ai affermé, sous clause pénale, une propriété dont le bailleur décède laissant quatre héritiers. L'un d'eux m'expulse de toute la propriété. Il aura d'abord, par cette infraction, encouru personnellement toute la peine, parce qu'il a contrevenu à une obligation héréditaire qui, n'étant point susceptible, dans l'intention des parties, d'une exécution partielle, l'engageait à n'apporter aucun trouble à ma jouissance.

D'un autre côté, il aura en même temps fait encourir la peine contre les autres héritiers, mais seulement pour les parts viriles dont ils sont tenus. Le défunt s'était, en effet, engagé à payer la peine en cas de contravention à l'obligation primitive. La condition sous laquelle la peine était due vient donc à se réaliser, et, conséquemment, les héritiers en sont tenus, en cette qualité, pour leurs parts et portions, sauf leur recours contre celui qui l'a fait encourir contre eux (2).

Mais si l'héritier qui contrevient à l'obligation primitive fonde son infraction sur une qualité toute personnelle qui l'y

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 359, *in fine*.

(2) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 3, nos 412 et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 361. — Duranton, t. 11, n° 374.

autorise, dans ce cas, il fait bien encourir la peine contre ses consorts, mais il ne l'encourt lui-même que suivant la part pour laquelle il est héritier.

Tel est le cas où le bailleur d'un héritage, avec stipulation d'une clause pénale, laisse quatre héritiers, dont l'un est le véritable propriétaire de l'héritage affermé, et, en cette qualité, expulse le preneur. La peine sera encourue contre tous pour leurs parts et portions, parce que la condition sous laquelle elle avait été convenue se réalise, et contre l'héritier contrevenant pour sa part virile aussi seulement, parce qu'il a fondé sa contravention à l'obligation primitive sur une qualité toute différente de celle d'héritier, et sur un titre particulier qui lui donnait le droit d'y contrevenir, sauf l'obligation de payer la peine suivant sa part virile. Ses consorts n'ont, en conséquence, aucun recours à exercer contre lui pour la portion de la peine qu'ils ont acquittée (1).

10. Les articles 1232 et 1233 ne s'occupent que du cas où il a été contrevenu à l'obligation principale de la part des héritiers du débiteur; mais ils sont muets sur celui où il a été contrevenu envers les héritiers du créancier. Il faut suppléer à cet égard le silence de la loi qui, au besoin, peut s'expliquer par cette considération qu'aucune difficulté sérieuse ne saurait s'élever sur se point.

Lorsque le débiteur d'une obligation divisible, contractée sous la stipulation d'une peine, y contrevient à l'égard de l'un des héritiers du créancier, la peine n'est encourue par lui que suivant la part pour laquelle le créancier est héritier. La division de l'obligation principale entraîne ainsi la division de la peine, activement comme passivement.

Dans le cas même où l'obligation principale aurait pour objet une chose indivisible, la peine ne serait encourue qu'en-

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 3, n[os] 432. et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 363. — Duranton, *ibid.* — Toullier, t. 6, n° 844.

vers l'héritier du créancier à l'égard duquel il y a été contrevenu. Ainsi, vous avez concédé à un tiers une servitude de passage, sous la peine de tant en cas d'empêchement. Le créancier meurt, laissant quatre héritiers, et vous empêchez l'un d'eux de passer; la peine ne sera encourue qu'à son égard et non à l'égard des autres, à qui il est indifférent que leur consort ait été empêché d'user de la servitude, en ce qui le concerne personnellement (1). La peine tenant lieu de dommages et intérêts, doit, en effet, se diviser entre eux, comme feraient les dommages et intérêts eux-mêmes qui, par leur caractère, sont tout personnels.

Ce n'est pas que chacun des héritiers du créancier ou des créanciers conjoints ne puisse demander seul en totalité l'exécution de l'obligation principale indivisible; mais du moment qu'il opte pour la clause pénale, il ne peut y prétendre plus que la part pour laquelle il est héritier ou créancier.

Mais, s'il s'agissait de créanciers solidaires, comme chacun d'eux peut demander le payement du total de la créance, et que la contravention commise envers l'un d'eux est censée commise envers un créancier unique de la totalité, la peine entière serait alors encourue par cette contravention, et pourrait être exigée par lui, comme pourraient l'être les dommages et intérêts, sauf modération, si, d'ailleurs, l'obligation principale a été exécutée en partie.

11. Les dispositions des articles 1232 et 1233 ne sont pas applicables aux simples dommages et intérêts. En l'absence de toute clause pénale, et même en matière indivisible, les dommages et intérêts ne sont dus que par celui des héritiers du débiteur qui a personnellement contrevenu à l'obligation, et solidairement par tous ceux qui y ont contrevenu. Ils sont alors poursuivis, non en qualité d'héritiers et pour le fait du défunt, mais pour leur fait personnel.

(2) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 1, n°s 31 et 35. — Pothier, *Oblig.*, n° 364.

Quant aux autres héritiers, s'ils sont tenus, en cette qualité, des faits de leur auteur, ils ne sont point tenus de ceux de leurs cohéritiers, qui, par rapport à eux, sont des tiers étrangers.

Que si une clause pénale a été expressément convenue, et s'il est vrai que, dans ce cas, s'agissant d'une obligation indivisible, ils encourent la peine pour leur part seulement, bien qu'ils soient innocents du fait de leur consort, qui a donné ouverture à la clause pénale, c'est qu'alors la peine est une obligation secondaire, contractée par le défunt, laquelle passe à ses héritiers, entre lesquels elle se divise, et dont la condition se réalise contre eux, par le seul fait d'une contravention commise par leur consort (1).

Quand, au contraire, il n'existe aucune clause pénale, et qu'il n'y a qu'une obligation primitive qui passe aux héritiers du débiteur, les dommages et intérêts ne sont dus, en cas d'inexécution, que par celui ou ceux qui y ont contrevenu, et non par les autres qui, autant qu'il était en eux, ont exécuté leur engagement. L'obligation de payer des dommages et intérêts est, en effet, uniquement contenue dans l'obligation principale elle-même. Lors donc que cette dernière se convertit en indemnité, la conversion ne s'en opère que contre ceux qui n'y ont point personnellement satisfait.

(1) L. 44, § 5, *ff. Famil. ercisc.* — DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 440.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Article 1234.

Les obligations s'éteignent, — par le payement, — par la novation, par la remise volontaire, — par la compensation, — par la confusion, — par la perte de la chose, — par la nullité ou la rescision, — par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, — et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.

Sommaire.

1. L'article 1234 contient une énumération incomplète. Du consentement mutuel des parties.
2. De la volonté d'un seul.
3. De l'expiration du terme de durée.
4. Du changement de circonstances.
5. De la mort du débiteur ou du créancier.
6. Des changements dans l'état civil des parties.
7. De la prescription.
8. De la condition résolutoire et suspensive.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1234 indique neuf causes d'extinction des obligations. Mais cette énumération du législateur est incomplète, et c'est au commentateur à la compléter.

Et d'abord, le consentement mutuel des parties peut opérer

l'extinction des obligations. Il n'est, en effet, rien de si naturel que de rompre un lien de la même manière qu'il s'est formé. Aussi, l'obligation est-elle dissoute par un consentement contraire. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidve dissolvere quo colligatum est; et ideò... nudi consensûs obligatio contrario consensu dissolvitur* (1).

Mais cette maxime n'est absolument vraie qu'en ce qui concerne les rapports personnels des parties contractantes. Elle n'est pas exacte dans leurs rapports avec les tiers. Ainsi, lorsque la résolution des droits du possesseur d'un héritage est le résultat de sa seule et unique volonté, elle ne doit être d'aucune influence à l'égard des droits conférés à des tiers. Par exemple, si la résolution d'une vente provient directement et exclusivement de la volonté seule de l'acquéreur et du vendeur, elle ne préjudicie point aux tiers qui ont acquis des droits réels sur la chose, par vente, concession de servitudes ou d'hypothèques. Ici ne s'applique point la maxime : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui suppose une résolution *ex causâ primævâ et antiquâ*, provenant d'une cause inhérente au droit même primitivement acquis, quelle qu'elle soit, quel que soit son mode de réalisation, pourvu qu'elle ne dépende pas de la volonté seule de celui qui a acquis ce droit, *accipientis*. Ce n'est plus alors le contrat ancien qui est résolu à l'égard des tiers; c'est un contrat tout nouveau, qui laisse subsister, par rapport à eux, toutes les conséquences du premier, qui ne saurait être réputé non avenu.

2. L'extinction de l'obligation résulte même, dans certains cas, de la volonté d'une seule partie ; ainsi, en matière de société (1844, 1865, 1869), de dépôt (1944), de mandat (2003, 2004, 1856).

3. L'expiration du terme de durée pour lequel le contrat

(1) L. 35, *ff. De reg. jur.*

a été fait, produit encore l'extinction des obligations. Tels sont les cas de bail, de société, de mandat.

4. Les obligations s'éteignent encore par la survenance de circonstances telles que les parties n'auraient pas contracté, si elles les avaient prévues. Cette extinction a lieu, dans ce cas, indépendamment des autres causes générales ou particulières d'extinction. Ainsi, deux personnes se sont engagées, pour l'espace de deux ans, l'une à envoyer ses accélérés à l'autre, et celle-ci à fournir aux voitures un chargement de marchandises, au prix ordinaire d'accélérés. Plus tard, s'ouvre un chemin de fer, dont la concurrence ne lui permet plus de se procurer les chargements de marchandises destinés à alimenter le roulage de l'autre. Cette circonstance de force majeure peut autoriser la résiliation du contrat, sans dommages et intérêts, parce que les parties ont contracté en vue de circonstances qui ont cessé d'exister (1).

L'existence de l'engagement étant ainsi subordonnée au maintien des circonstances actuelles, ce mode d'extinction rentre, sous ce rapport, dans celui qui s'accomplit par l'expiration du terme de durée convenu.

5. En principe, les obligations ne s'éteignent ni par la mort du créancier, ni par celle du débiteur. Cependant, certaines obligations s'éteignent par la mort de l'un ou de l'autre. Mais ce mode d'extinction se résume, soit dans la perte de la chose due, lorsque l'obligation consiste dans des prestations personnelles, soit dans l'expiration du terme de durée déterminé ou sous-entendu, s'il s'agit de prestations d'une nature différente.

6. Indépendamment du cas de mort, quelques obligations s'éteignent par certains changements survenus dans l'état civil des parties. Ainsi, le mandat finit par l'interdiction ou la

(1) Rouen, 9 fév. 1844. Sirey, 44, 2, 402.

déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire (2003); la société, par l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés (1865). Mais ces cas d'extinction rentrent eux-mêmes dans la survenance d'un empêchement qui rend désormais l'exécution de l'obligation impossible ou légalement irrégulière.

7. On a critiqué la disposition de l'article 1234, qui range la prescription parmi les causes d'extinction des obligations. Il est vrai que, si on doit l'entendre en ce sens que la prescription opère immédiatement et de plein droit l'extinction des engagements, cette disposition encourt une critique fondée. La prescription doit, en effet, être opposée par la partie qui en excepte, et les juges ne peuvent suppléer d'office le moyen qui en résulte (2223). Mais entendre ainsi l'article 1234, c'est commencer par imputer au législateur une erreur de rédaction pour lui trouver des torts; c'est, tout simplement, le rendre responsable d'une interprétation erronée de ses dispositions.

Quand il dit que la prescription est une des causes d'extinction des obligations, il suppose nécessairement l'accomplissement de toutes les conditions moyennant lesquelles elle produit cette extinction, c'est-à-dire qu'elle est opposée par la partie et déclarée par le juge. Dès lors, l'article 1234 n'est que l'expression de la plus exacte vérité.

8. Il ajoute que les obligations s'éteignent par l'effet de la condition résolutoire; s'il ne dit point, et de la condition suspensive, c'est que, lorsque la condition suspensive vient à défaillir, l'obligation n'a jamais existé, et que, conséquemment, elle n'a pu s'éteindre.

SECTION Ire.

DU PAYEMENT.

§ Ier. *Du payement en général.*

Article 1235.

Tout payement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. — La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

Sommaire.

1. Sens du mot payement.
2. Tout payement suppose une dette.
3. Son acception générale.
4. Modes résumés d'extinction des obligations.
5. Ce qui est payé sans être dû est sujet à répétition.
6. Des obligations naturelles.
7. De l'obligation naturelle en droit romain.
8. L'obligation naturelle n'a d'effet qu'en ce qui touche la répét tion. Conséquence. Exemple, en cas de dette de jeu.
9. Autres conséquences. Confirmation, novation.
10. Comment elle est susceptible de cautionnement.
11. Il faut que l'obligation naturelle ne soit pas en opposition avec l'ordre public. Contre-lettres en cas de cession d'office.

COMMENTAIRE.

1. Dans son acception la plus générale, et dans son application à l'objet même de l'engagement, le mot payement signifie l'accomplissement de la prestation qui forme la matière de l'obligation, soit qu'il s'agisse de donner, de faire ou de ne pas faire. On dit donc d'un obligé qu'il paye, quand il exécute

ce qu'il a promis; *solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit* (1).

Appliquée à la personne du créancier, cette expression, payer, signifie apaiser, satisfaire; *solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet* (2).

Payer a dans la langue française le même sens que *solvere* en latin. *Solvere obligationem*, signifiait littéralement, délier l'obligation, en dénouer le lien; et, en l'appliquant à la personne même du débiteur, se dégager des liens de l'obligation, s'en délier. *Liberationis verbum eamdem vim habet quam solutionis* (3). *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam* (4).

Il y a, toutefois, cette différence, que le mot *solvere*, en exprimant par lui-même la libération de la personne, signalait le payement par ses effets immédiats du côté du débiteur, tandis que l'expression française, payer, en exprimant la satisfaction donnée au créancier, signale l'exécution de l'obligation par ses conséquences du côté de celui-ci. De la libération du débiteur on remontait ainsi, dans le droit romain, à la satisfaction du créancier; en droit français, au contraire, de la satisfaction donnée au créancier on arrive à la libération du débiteur.

2. Soit qu'il exprime la satisfaction donnée au créancier, ou la libération du débiteur, ou l'exécution matérielle de la promesse, tout payement suppose une dette (1235). Ce principe est d'une vérité profondément naïve.

3. Considéré dans son application aux divers engagements qui se produisent dans le commerce de la société, le payement est aussi varié que les obligations mêmes. Il y a autant

(1) L. 176, *ff. De verb. sigm.*
(2) L. 176, *ff. ibid.*
(3) L. 47, *ff. ibid.*
(4) L. 54, *ff. De solut.*

de payements d'une nature particulière, qu'il y a d'obligations d'espèces différentes. Une égale diversité existe de part et d'autre. Ainsi, le vendeur, l'acquéreur, le bailleur, le preneur, le mandant, le mandataire, etc..., ayant des obligations particulières, doivent effectuer des payements conformes et appropriées aux obligations qu'ils ont contractées. Mais, dans tous les cas, le payement, en quoi qu'il consiste, suppose une dette dont il est l'exécution.

4. Comme cause d'extinction, le payement est le mode le plus simple et le plus régulier d'éteindre un engagement. Il en est le dénoûment naturel. C'est même le seul qui soit dans les vues des contractants au moment où ils forment la convention. En réduisant enfin à leur plus simple expression tous les modes d'extinction, quels qu'ils soient, on n'en trouve que deux, le payement et la dispense de payement.

Ainsi se ramènent, en définitive, à la réalité du payement, la novation, qui ne fait que substituer une dette à une autre; la compensation, qui acquitte une dette avec une autre; la confusion, qui fait qu'on se paye sur et par soi-même.

Il y a, au contraire, dispense de payement dans le cas de remise volontaire, dans la survenance d'empêchements qui rendent impossible l'exécution de l'obligation, dans le cas de la nullité ou de la rescision prononcée en justice, dans celui de la condition résolutoire, de la prescription opposée et admise, enfin, dans l'expiration du terme de durée convenu ou sous-entendu. On peut dire de ces derniers modes d'extinction des obligations qu'ils sont, par rapport aux autres, des modes irréguliers.

Le payement n'est plus aujourd'hui que l'accomplissement de la promesse faite par le débiteur. Il n'est plus qu'un pur fait, qui n'ajoute rien à la force de l'obligation préexistante. Comme les conventions sont, d'après les nouveaux principes, parfaites par le seul consentement des parties, le payement a cessé, comme tel, de jouer le rôle important qu'il avait dans le droit romain et notre ancienne jurisprudence.

5. De ce que tout payement suppose une dette, il suit que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (1235). Nous nous occuperons de cette répétition de l'indû, *condictio indebiti,* sous les articles 1376 et suivants.

6. Cependant, ajoute l'article 1235, la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Nous devons expliquer ici ce que l'on doit entendre par obligations naturelles.

Les devoirs de l'homme en société se distinguent en deux espèces, sous le rapport de la sanction positive résultant du droit civil. Les uns sont des devoirs de justice, les autres des devoirs de morale. Les premiers sont les seuls auxquels la loi accorde sa sanction, et dont l'exécution puisse être exigée par voie de contrainte et de poursuite, sous la garantie de la société. Ils constituent les obligations proprement dites, et comme ils emportent un lien juridique, ils produisent un droit véritable en faveur de la personne à l'égard de laquelle ils existent.

Les devoirs de morale sont, au contraire, destitués de toute sanction positive. Ils existent sans conférer à personne aucun droit effectif. Aussi, quand la loi civile ne reconnaît que des obligations, la morale ne reconnaît et ne peut reconnaître que des devoirs.

Si le droit positif a le même point de départ que le droit philosophique, il n'a donc pas la même étendue, et c'est ce qui a fait dire que la loi a le même centre que la morale, mais qu'elle n'en a pas la même circonférence.

D'une part, en effet, le droit philosophique reconnaît certains devoirs auxquels la loi refuse sa sanction, qu'elle frappe même de réprobation dans des vues d'ordre et d'intérêt général. Quant à ceux qui sont simplement dépourvus de la consécration légale, ils constituent des obligations naturelles. Mais comme la loi n'a nulle part donné la définition de l'obligation naturelle, elle s'en est rapportée par cela même à l'appréciation des juges, sur le point de savoir quels sont les



devoirs qui peuvent constituer des obligations de cette espèce.

Tels sont, par exemple, les devoirs indiqués par la conscience, par les lois de la délicatesse et de l'honneur, ou imposés par les liens du sang, par la piété filiale, par la foi due à la parole donnée, par les sentiments de gratitude et de bienfaisance. Ce ne sont sans doute que des devoirs moraux, à l'accomplissement desquels nul ne saurait être contraint par une coercition extérieure, sans une tyrannie cent fois pire que leur inexécution. Mais ces devoirs ne nous paraissent pas moins constituer également des obligations naturelles, dont l'intensité peut varier suivant les circonstances, mais qui produisent néanmoins, par leur exécution volontaire, des effets civils.

D'autre part, le droit positif a établi, toujours dans des vues d'ordre et d'utilité publique, des obligations réelles là où le droit philosophique ne reconnaît même point l'existence d'un simple devoir.

Il y a encore certaines obligations civiles qui, par suite de leur extinction, de leur rescision ou de leur nullité, dégénèrent en simples obligations naturelles, pourvu qu'elles ne soient point réprouvées comme contraires à la morale elle-même. Telles sont les obligations éteintes par prescription, annulées pour incapacité ou pour vices de forme.

Enfin la loi, tout en réprouvant la cause, a laissé au rang inférieur de simples obligations naturelles, certains devoirs que la philosophie inclinerait à considérer comme susceptibles de sanction positive, et à classer au nombre des obligations proprement dites. Telles sont les dettes de jeu et de pari. Dans aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (1967), bien que la loi n'accorde aucune action pour une pareille dette (1965). Les obligations des deux dernières espèces sont même, à proprement parler, les obligations naturelles que l'article 1235 a particulièrement en vue.



7. Dans le droit romain où le commerce des contrats était assujetti à des formules sacramentelles, de l'emploi desquelles dépendait le droit d'action, l'obligation naturelle s'entendait de toute obligation qui ne donnait pas au créancier, conformément aux règles du droit civil, le droit d'en poursuivre l'exécution en justice. Mais la loi plaçait ces obligations, comme obligations naturelles, sous la protection de la bonne foi humaine. *Quid enim tam congruum fidei humanæ quam ea quæ inter nos placuerunt servare* (1); qu'y a-t-il, en effet, de plus conforme à la bonne foi humaine, que de maintenir nos conventions?

Aujourd'hui qu'a disparu toute différence entre les simples pactes et les contrats, ces mots d'obligations naturelles n'offrent plus le même sens. Car les obligations naturelles du droit romain sont maintenant des obligations civiles.

8. Tel est donc le principal effet de l'obligation naturelle, que la répétition de l'indu n'a pas lieu, lorsqu'elle a été volontairement acquittée; volontairement, c'est-à-dire en connaissance de cause et dans le but d'en couvrir l'inefficacité juridique par une exécution volontaire.

Mais il n'en resulte pas que l'acquittement même d'une obligation naturelle ait pour conséquence de lui attribuer toute la force d'une obligation civile. Ainsi, il est indifférent que le payement effectif et volontaire d'une dette de jeu ou de pari ait lieu en argent, en meubles ou en immeubles (2). Mais, supposons que la dette ait été acquittée en immeubles, même sous forme de contrat de vente avec compensation; le prétendu acquéreur, en cas d'éviction, n'aura aucune action en garantie contre le soi-disant vendeur. Le payement tel quel ne vaut que ce qu'il peut valoir. Si l'éviction soufferte l'annule, il ne reste plus au créancier qu'une nouvelle action en payement. Or la loi lui en dénie l'exercice direct; comment

(1) L. 1, *ff. De pactis.*

(2) Pothier, *Vente,* n° 192. — Troplong, *Contrats aléat.,* n° 193.

pourrait-il donc l'exercer sous forme de garantie? Il doit être remis au même état qu'auparavant; autrement ce serait, par voie indirecte, ouvrir une action en payement des dettes de jeu, et convertir ainsi une obligation naturelle en une obligation civile (1).

9. Alors même que l'obligation naturelle a reçu un commencement d'exécution, le débiteur peut toujours refuser le payement du surplus, et le créancier n'a aucune action pour le contraindre. Il n'a droit qu'à garder ce qu'il a reçu.

De ce qu'une exécution volontaire ne saurait conférer à l'obligation naturelle le caractère d'obligation civile, il suit qu'elle n'est point susceptible de confirmation ni de ratification. Car après ces actes, elle reste ce qu'elle était dans le principe, c'est-à-dire dépourvue de toute sanction positive (2).

Mais, lorsque la cause n'en est pas réprouvée autrement par la loi, elle peut être l'objet d'une novation. Car l'obligation nouvelle n'est pas dénuée de cause, et est, à ce titre, consacrée par la loi (3).

L'obligation ainsi convertie par voie de novation ne doit être considérée, sous aucun rapport, comme un acte de pure libéralité, ni quant à la forme, ni quant au fond, ni quant à ses diverses conséquences de droit.

10. On dit que les obligations naturelles sont susceptibles de cautionnement, *fidejussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio civilis, aut naturalis, cui applicetur* (4). Et cette doctrine est enseignée par les auteurs qui ont écrit sous le Code civil (5). Nous l'acceptons comme vraie, mais moyennant

(1) Pothier, Troplong, *ibid.*

(2) Cass., 25 oct. 1808. Sirey, 1811, 1, 323. — 27 juill. 1818. Sirey, 19, 1, 126. — Voy. cep. Toullier, t. 6, nos 186, 391 et 392.

(3) Toullier, t. 6, nos 186 et 390. — Zachariæ, t. 2, p. 259, 1re édit., et t. 4, p. 8, 4e édit. — Cass., 3 juill. 1811. Sirey, 11, 1, 321. — 19 juin 1832. Sirey, 32, 1, 859. — Nîmes, 5 déc. 1860. Sirey, 61, 2, 1.

(4) L. 16, § 3, *ff. De fidejuss.* — Instit. *De fidejuss.*, § 1.

(5) Toullier, t. 6, no 393. — Troplong, *Caut.*, nos 53 et suiv.

une explication qui nous semble nécessaire. Si les obligations simplement naturelles sont susceptibles de recevoir l'accession d'un cautionnement, c'est seulement à la condition que le cautionnement opère novation dans le caractère juridique de la dette, et substitue, par rapport au fidéjusseur, un engagement civil à l'engagement naturel. Elles doivent donc être cautionnées comme obligations civiles, et non comme obligations naturelles. Si elles ne l'étaient qu'en cette dernière qualité, comment seraient-elles, en effet, à l'égard de la caution, investies de la sanction légale qui leur manque à l'égard du prétendu principal obligé?

La loi dispose, il est vrai, que l'on peut cautionner valablement une obligation, encore qu'elle puisse être annulée par une exception personnelle à l'obligé, comme en cas de minorité (2012). Mais il y a une différence essentielle à établir entre les obligations naturelles proprement dites, et les obligations nulles ou rescindables pour un vice quelconque. Sans doute, lorsque la rescision ou la nullité de ces dernières est prononcée, il peut subsister encore, dans quelques cas, une obligation naturelle. Mais il ne faut pas croire que ce soit cette obligation qui est, comme telle, garantie par le cautionnement. Il s'y applique, en effet, en tant seulement qu'elle est considérée comme obligation civile revêtue de la sanction légale, et, au besoin, pour la faire valoir, à ce titre, tant contre l'obligé principal que contre la caution. Ce n'est donc que par suite d'un aperçu inexact que l'on prétendrait que les obligations naturelles peuvent être, sous le Code civil, valablement cautionnées comme telles.

11. Si la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, ce n'est que dans le cas où l'exécution volontaire n'est point formellement en opposition avec les principes d'ordre et d'intérêt public.

Ainsi, on s'est demandé si le cessionnaire d'un office peut répéter, après un payement volontaire de sa part, le supplé-

ment de prix porté en dehors du traité officiel qui a été soumis à l'homologation du gouvernement. On sait que ce supplément de prix ne peut être exigé. Mais la stipulation qui en a été faite constitue-t-elle une obligation naturelle qui empêche toute action en répétition? Après quelque hésitation, la jurisprudence est aujourd'hui parfaitement fixée sur ce point; elle admet de la part du cessionnaire l'action en répétition de ce qu'il a payé volontairement. Les considérations les plus élevées d'ordre et d'intérêt public repoussent, en effet, les conséquences que l'on prétendrait tirer des principes relatifs aux obligations naturelles. La stipulation d'un supplément de prix, en dehors du traité public, ne commence à violer la loi et à blesser l'ordre social qu'à l'instant même où ce supplément de prix est acquitté. Car c'est ce payement qui expose le nouveau titulaire à manquer à ses devoirs de délicatesse et de désintéressement, en lui imposant la nécessité ou en lui inspirant la tentation de chercher dans des exactions coupables ou dans des spéculations déshonnêtes la compensation de ses sacrifices pécuniaires.

Cette contre-lettre est donc un acte frauduleux, qui n'est susceptible ni de ratification, ni d'exécution volontaire, quand bien même les juges, appréciant les circonstances, ce qu'il ne leur appartient pas de faire en pareil cas, décideraient que le supplément de prix a été stipulé uniquement pour porter l'office à sa véritable valeur (1).

Enfin, ce qui est extrêmement rigoureux, il a été décidé que le prix d'un office ne pouvait être réglé par une convention, transaction ou compromis postérieur au traité, soumis seul à l'approbation du gouvernement, dans le cas même où ce traité ne contenait aucune stipulation ni fixation de prix, et

(1) Cass., 30 juill. et 1er août 1844. Sirey, 44, 1, 582. — 11 août 1845. Sirey, 45, 1, 642. — 17 déc. 1845. Sirey, 46, 1, 137. — 5 janv. 1846. Sirey, 46, 1, 116. — 3 janv. 1849. Sirey, 49, 1, 282. — 24 juill. 1855. Sirey, 55, 1, 657.

où le prix ultérieurement fixé n'est que la représentation de la véritable valeur de l'office (1).

Il en résulte que le cessionnaire peut diriger, par imputation, ce qu'il a payé à titre de supplément, sur le prix porté au traité officiel, et qu'il a trente ans pour exercer son action en répétition, ou faire reconnaître le mode d'imputation que nous venons d'indiquer, nonobstant toute convention ultérieurement faite entre les parties, même sous le nom de transaction (2), et alors que le demandeur aurait plus tard déclaré renoncer à toute action en répétition (3), même après cessation de ses fonctions (4).

Mais il ne pourrait le faire au préjudice d'un tiers cessionnaire qui a régulièrement notifié sa cession. Car ce serait faire rétroagir, au préjudice d'un tiers, les effets d'une action en répétition ou d'une imputation, au moyen d'une contre-lettre tenue secrète jusqu'au moment où l'acquéreur prétend ainsi s'en prévaloir (5).

Le prétendu créancier devra restituer enfin, avec intérêts de droit, ce qu'il aura indûment reçu, soit en capital, soit en intérêts, parce que la réception, en vertu d'une cause illicite, ne peut être considérée comme étant de bonne foi (6).

Mais l'exception de la chose jugée, résultant, par exemple, d'un ordre ou d'une distribution, peut être opposée à l'action en répétition (7).

(1) Cass., 29 nov. 1848. Sirey, 48, 1, 679.

(2) Cass., 20 juin 1848. Sirey, 48, 1, 450. — 5 nov. 1856. Sirey, 56, 1, 916.

(3) Rouen, 26 déc. 1850. Sirey, 51, 2, 97.

(4) Cass., 19 avril 1852. Sirey, 52, 1, 449.

(5) Cass., 26 déc. 1848. Sirey, 49, 1, 29.

(6) Cass., 3 janv. 1849. Sirey, 49, 1, 282. — 3 déc. 1849. Sirey, 50, 1, 380. — 19 fév. 1856. Sirey, 56, 1, 529. — 28 mai 1856. Sirey, 56, 1, 587. — 5 nov. 1856. Sirey, 56, 1, 916.

(7) Cass., 4 fév. 1850. Sirey, 51, 1, 133. — Bourges, 7 mai 1861. Sirey, 61, 2, 435.

Article 1236.

Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. — L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.

Sommaire.

1. Objet des articles suivants.
2. L'obligation peut être acquittée par toute personne intéressée,
3. Ou non intéressée,
4. Soit qu'il s'agisse d'un payement intégral ou partiel.
5. Recours de celui qui a payé contre le débiteur.
6. Le tiers doit donner au débiteur avis du payement.
7. Le tiers qui a payé n'a qu'à produire la quittance, sauf preuve contraire.
8. Le tiers ne doit pas être subrogé. Pourquoi.
9. Il faut qu'il entende payer la dette d'un autre. Cas particulier.
10. Comment il peut profiter de la subrogation légale.

COMMENTAIRE.

1. Par qui, à qui, quand, comment, de quoi, en quel lieu, aux frais de qui, le payement peut-il ou doit-il être fait, pour être régulier et valable? Les articles suivants répondent successivement à ces diverses questions.

2. Et d'abord, l'obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution (1236). Il est naturel que tout obligé puisse se libérer, en acquittant son obligation, soit qu'il s'agisse d'un obligé principal ou d'un obligé secondaire.

Mais lorsque le payement est effectué par un coobligé ou une caution, ce payement ne fait que libérer celui qui l'opère,

et nullement le débiteur principal, envers lequel l'obligation continue de subsister, en vertu de la subrogation de plein droit (1251).

3. L'article 1236 ajoute que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom ou en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Cette disposition contient ainsi un principe général, et, en même temps, elle indique certaines conditions auxquelles est subordonnée la mise en pratique de ce principe. Quelques explications sont nécessaires sur ce point.

La cause du payement est favorable. Voilà pourquoi la loi autorise toute personne à acquitter la dette d'autrui, alors même qu'elle n'y est pas intéressée. Ce droit est absolu. Il s'exerce non-seulement malgré la volonté du créancier, mais encore à l'insu et malgré l'opposition du débiteur. C'est que, d'une part, le créancier n'a aucun intérêt, ni, conséquemment, aucun droit à refuser un payement régulier et satisfactoire, et qu'il lui est indifférent de le recevoir de telle ou telle personne, pourvu qu'il le reçoive; c'est que, d'autre part, il est permis à toute personne, par une sorte de mandat d'humanité et de fraternité, d'améliorer, à son insu et même contre son gré, la position d'une autre personne (1). Ce tiers peut donc, comme le débiteur lui-même, offrir au créancier, et, sur son refus, consigner.

On pensait cependant, sous notre ancienne jurisprudence, que le créancier pouvait refuser de recevoir payement d'un tiers non intéressé, payant en l'acquit du débiteur, lorsque le payement ne procurait à ce dernier aucun avantage, et n'avait d'autre effet que de lui donner un nouveau créancier. Mais cette opinion semblait ne s'appliquer qu'au refus de subrogation, et non au refus de payement. Car le créancier

(1) L. 53, *ff. De solut.*

n'est jamais tenu de subroger le tiers non intéressé qui le paye (1).

Quoi qu'il en soit, les termes de l'article 1236, ne faisant aucune distinction, repoussent par cela même cette exception. La seule chose à considérer, c'est la libération du débiteur. La loi n'exige point d'autre condition; et cette condition se réalise par l'acte même (2). Mais, s'agissant d'un payement, il faut que l'intervention du tiers donne au créancier toute satisfaction légitime. Il faut, en un mot, qu'il le paye, et, s'il se contentait de prendre, vis-à-vis de lui, l'engagement de le payer, ou de lui offrir en payement un titre quelconque, qui ne ferait que constituer une nouvelle obligation, sans payement actuel, le créancier serait en droit de repousser son intervention, comme aboutissant à des offres non satisfactoires (3).

4. Il importe peu qu'il s'agisse d'un payement intégral ou d'un payement partiel, pourvu que le créancier consente, dans ce dernier cas, à recevoir payement pour partie. Seulement, la libération du débiteur s'opère alors dans la proportion de la partie acquittée.

Un tiers, cependant, ne saurait être autorisé, à l'égard du débiteur au nom duquel il prétend payer, à faire en son acquit, du consentement du créancier, un payement partiel, s'il avait été expressément ou tacitement convenu, dans l'intérêt du débiteur, qu'il ne pourrait être exigé de lui qu'un payement intégral. Du moins, un payement partiel fait par un tiers, dans de semblables circonstances, ne pourrait être opposé au débiteur, pour l'empêcher de faire un payement intégral, conformément à la convention, ni par le créancier qui

(1) Voy. DUMOULIN, *De usuris*, Quest. 45. — BASNAGE, *Hyp.*, ch. 15. p. 353. — POTHIER, *Oblig.*, n° 464. — TOULLIER, t. 7, n° 11.

(2) DURANTON, t. 12, n° 16. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 352, 1re édit., et t. 4, p. 148, 4e édit.

(3) Lyon, 2 juin 1854. SIREY, 55, 2, 79.

a reçu un à-compte, ni par le débiteur qui l'a payé, et prétend exercer un recours. Ce dernier n'ayant procuré en rien la libération du débiteur, qui paye plus tard, suivant son droit, la totalité de la dette, n'aurait, contre le créancier, qu'une action en répétition de l'indû.

5. Vis-à-vis du créancier qui a reçu payement, la libération du débiteur est tout aussi parfaite que s'il avait payé lui-même. L'obligation est éteinte entre eux, et cette extinction produit toutes ses conséquences de droit. Mais le tiers qui a payé, et produit ainsi la libération du débiteur, a un recours à exercer contre lui pour gestion d'affaires. Il arrive par là que, le plus souvent, le payement n'a d'autre conséquence que de substituer un créancier à un autre. Seulement, à la créance primitive résultant d'un contrat, il s'en substitue une autre résultant d'un quasi-contrat.

Mais, si la dette primitive est garantie par un cautionnement, par une hypothèque, par un gage, ces garanties accessoires s'éteignent par le payement effectué par le tiers. Et ce dernier, dans l'exercice de son recours contre le débiteur, ne peut nullement s'en prévaloir.

Ce recours a lieu quand même il aurait payé malgré le débiteur et contre sa défense, *nolente et specialiter prohibente*. Ce point était controversé en droit romain, et une décision de Justinien l'avait tranché dans un sens contraire au tiers qui avait payé dans ces circonstances (1). L'équité veut, cependant, que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et l'on prétendrait vainement que le tiers étranger, en payant pour le débiteur, malgré ses inhibitions spéciales, a entendu le gratifier. Nous lui accordons ainsi, même dans ce cas, un recours contre le débiteur. Mais, si ce recours ne peut alors être fondé sur une gestion présumée consentie, il le sera, du moins, sur le profit procuré (2).

(1) L. 24 C. *De neg. gest.*
(2) 1375, n° 24. — MARCADÉ, art. 1236, n° 3. — *Contrà*, TOULLIER, t. 7, n° 12.

6. Mais le tiers doit prévenir le débiteur du payement qu'il a effectué. Autrement, si ce dernier payait une seconde fois, dans l'ignorance du payement antérieur, à défaut d'avertissement, il ne serait soumis à aucun recours, puisqu'il n'aurait retiré aucun profit, sauf au tiers son recours contre le créancier. Cette décision se fonde, par argument, sur l'article 2031.

7. Celui qui a payé au nom et en l'acquit d'un tiers doit, lorsqu'il exerce son recours, établir, en sa qualité de demandeur, une double justification; il doit tout à la fois justifier qu'il a payé la dette et qu'il l'a payée de ses deniers (1), sauf au défendeur, après cette double preuve rapportée, à établir le fait sur lequel il fonde sa libération.

Mais il lui suffit de représenter la quittance qui lui a été délivrée par le créancier, et de l'invoquer comme établissant, jusqu'à preuve contraire, qu'il a avancé de ses deniers personnels les fonds qui ont servi au payement. Pourvu qu'elle soit régulière, et soit qu'elle énonce ou non que la dette a été acquittée de ses propres deniers, cette quittance établit en sa faveur une présomption toute naturelle, et fondée, en droit, sur ce que celui qui paye est censé propriétaire des sommes ou valeurs données en payement, si la quittance ne contient des énonciations contraires. Il incombe, par suite, au débiteur de prouver, contrairement à cette présomption, que le tiers qui a payé comme *negotiorum gestor*, l'a fait au moyen de sommes ou de choses qui lui ont été précédemment ou plus tard remises ou remboursées (2). Quant à cette preuve contraire, elle se fera enfin par toutes voies de droit, suivant les règles du Code civil et d'après la nature des faits allégués par le débiteur.

8. Voyons maintenant sous quelles conditions la loi autorise un tiers non intéressé à acquitter une obligation.

(1) Cass., 9 juill. 1844. Sirey, 44, 1, 609.

(2) Bordeaux, 1er août 1855. Sirey, 57, 2, 110. — Cass., 8 déc. 1869. Sirey, 70, 1, 132.

Ce tiers doit agir au nom et en l'acquit du débiteur, ou bien, s'il agit en son nom propre, il ne doit pas être subrogé aux droits du créancier (1236). La nécessité de ces conditions ressort de la nature même de l'acte. Il s'agit, en effet, du payement de la dette et de la libération du débiteur. Il faut donc que ce payement soit libératoire, extinctif. S'il ne l'était pas, il y aurait, sans doute, toujours un payement effectué ; mais ce payement n'aurait pas pour conséquence la libération du débiteur et l'extinction de l'obligation, qui sont exclusivement dans la pensée de notre article. Or le payement ne serait ni extinctif, ni libératoire, si le tiers, payant en son nom, se faisait subroger aux droits du créancier. Le débiteur changerait de créancier, mais il demeurerait dans les liens de son obligation primitive (1). La loi ne veut pas dire autre chose, lorsqu'elle dispose que le tiers, s'il paye en son nom, ne doit pas se faire subroger aux droits du créancier.

Le tiers non intéressé peut donc payer valablement et régulièrement libérer le débiteur, soit en payant au nom et en l'acquit de celui-ci, soit en payant en son nom propre, mais sans subrogation.

9. Mais il faut, dans tous les cas, qu'il soit bien entendu que c'est la dette d'un autre qu'il veut acquitter. Car, si payant en son nom propre il croyait par erreur acquitter une dette qui lui fût personnelle, il ne libérerait pas le débiteur, et aurait contre le créancier une action en répétition de l'indû.

Voici une hypothèse indiquée par Pothier (2) : Vous me payez en votre nom une somme que vous croyez, par erreur, me devoir, et vous me la payez par ordre et avec les deniers de celui qui me la doit véritablement. Dans la subtilité du droit, on devrait reconnaître que ce payement ne libère pas le véritable débiteur, parce qu'il n'a pas été dans l'intention

(1) Voy. 1250, nos 3 et suiv.
(2) *Oblig*. n° 463.

de l'acte de payer en son acquit. Vous pourriez, en conséquence, répéter contre moi la somme payée. Mais la subtilité du droit ne saurait être admise ici; en effet, si je demandais le remboursement de la dette à mon véritable débiteur, il pourrait vous appeler en cause et faire décider contre vous que, faute par vous d'avoir payé en son acquit, payant cependant de ses deniers, la somme restera entre mes mains en payement de ce qui m'est dû. Demandez-vous, au contraire, contre moi le remboursement, comme indus, des deniers payés en mes mains? je n'aurai qu'à mettre en cause mon véritable débiteur, qui fera encore décider que la somme me restera en l'acquit de la dette. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre cas, vous êtes, en définitive, garant du payement mal fait, et la libération du débiteur résulte de ce que vous devez le garantir contre toute action en payement de ma part.

10. Le tiers qui paye dans les termes de l'article 1236, bien qu'il ne puisse, dans le sens que nous avons expliqué, se faire subroger, peut néanmoins profiter de la subrogation légale que le payement par lui effectué procure à celui pour le compte duquel il a payé. Voici comment : Supposez que le débiteur dont il a acquitté l'obligation soit dans le cas d'obtenir la subrogation de plein droit, par exemple, comme caution ou coobligé solidaire. Celui-ci acquiert la subrogation au moyen du payement effectué, sauf l'indemnité due au tiers qui a payé pour lui. Or, ce tiers, devenu ainsi créancier du débiteur, peut en exercer les droits; et, pour éviter un circuit d'actions, il est conforme à la simplicité de notre droit français qu'il agisse directement contre le principal débiteur, pour le tout, en cas de cautionnement, et, en cas de solidarité, pour tout ce qui excède la part virile dans la dette de celui qu'il a libéré. Il lui reste, dans ce dernier cas, contre le débiteur, en l'acquit duquel il a payé, l'action ordinaire de gestion d'affaires, pour le surplus de son recours.

De plus, comme en acquittant la dette solidaire, soit au nom

de tous ou d'un seul, il a libéré tous les coobligés, et qu'il a contre chacun d'eux le droit de se faire indemniser *in solidum*, il jouit encore, pour l'exercice de ce recours partiel, de la subrogation légale qui s'est opérée en faveur de l'autre codébiteur, qu'il peut également poursuivre, et dont il est fondé à exercer les droits contre son consort. Ainsi, le tiers qui a acquitté une dette solidaire, suivant l'article 1236, profite divisément contre chaque coobligé et pour sa part personnelle dans la dette, de la subrogation que le payement par lui opéré a procurée à chacun d'eux à la charge de l'indemniser.

Par exemple, je paye, dans les termes de l'article 1236, une dette de trois mille francs, dont sont tenus solidairement Primus, Secundus et Tertius. J'ai pour gestion d'affaires contre chacun d'eux un recours de trois mille francs; car c'est la somme dont je l'ai libéré, à raison de la solidarité. Je puis donc exercer les droits de chacun d'eux contre les autres, c'est-à-dire demander, par exemple, du chef de Primus, mille francs à Secundus, et autant à Tertius. Primus me redoit alors mille francs, pour lesquels j'ai toujours mon action de gestion d'affaires, non-seulement contre lui, mais encore contre les deux autres. Or, du chef de chacun de ces derniers dont j'exerce les droits et actions en indemnité ou garantie, je suis recevable à les demander à Primus, en vertu de la subrogation légale que mon payement leur a procurée.

Article 1237.

L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

Sommaire.

1. Pour qu'un tiers puisse payer, il faut que le créancier n'en éprouve aucun dommage.
2. Cas divers auxquels s'applique l'article 1237.
3. Engagements d'un tiers envers le débiteur. Inexécution.

COMMENTAIRE.

1. Si l'article 1236 autorise, en principe, toute personne, même non intéressée, à acquitter la dette d'un tiers, c'est que le créancier est sans intérêt à recevoir payement de tel plutôt que de tel. Mais on comprend que cette règle générale ne reçoit son entière application, que lorsqu'il s'agit d'obligations de donner que le premier venu indifféremment est apte à accomplir.

Quant aux obligations de faire, il ne saurait en être ainsi. Les prestations personnelles se qualifient, en effet, par la personne qui les doit, à raison de la différence qui existe entre les individus, sous le rapport de l'art, du talent, des connaissances, de l'expérience, de l'habileté (1).

Il n'est donc pas indifférent au créancier que l'obligation de faire soit acquittée par tel ou tel. Il peut, au contraire, avoir intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même, dont les qualités personnelles ont été prises exclusivement en considération. Dans ce cas, elle ne peut être acquittée, contre le gré du créancier, par un tiers (1237), fût-ce même une personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution (2).

Il y a cependant, parmi les obligations de faire, des obligations communes, vulgaires, à peu près à la portée de tout artiste ou ouvrier, et telles que la prestation qui en fait l'objet est une chose en quelque sorte fongible, pour l'exécution de laquelle il n'y a aucune distinction à faire entre les personnes de l'état ou de la profession. Dans ce cas, le créancier est désintéressé, et un tiers peut acquitter l'obligation, même contre son gré comme s'il s'agissait d'une obligation de donner, à moins qu'il n'ait expressément stipulé que le débiteur lui-même l'accomplirait en personne (3).

(1) L. 31, *ff. De solut.*
(2) L. 31, *ff. De solut.*
(3) L. 31, *ff. De solut.*

Les stipulations de cette nature se rencontrent notamment dans les cahiers des charges et conditions, concernant les adjudications de services, d'entreprises ou de travaux pour le compte des grandes compagnies, des communes, des départements, de l'État ou des régies publiques.

2. L'article 1237 reçoit son application, non-seulement lorsque le tiers, y ayant intérêt ou non, se présente pour acquitter l'obligation d'un autre, sans y être obligé lui-même et spontanément, mais encore lorsqu'il en est tenu en vertu d'une obligation quelconque de faire, soit d'un louage d'industrie, d'un sous-traité, ou d'une cession de marché et d'entreprise. L'opposition du créancier fait alors obstacle à ce qu'il exécute son engagement personnel envers le débiteur originaire et direct.

3. Mais cette inexécution, bien qu'elle provienne du fait d'un tiers, ne doit pas être assimilée à un cas de force majeure. Elle peut, suivant les circonstances, donner lieu à une action en dommages et intérêts, soit de la part du débiteur substitué, si l'autre l'a trompé et a surpris sa bonne foi sur le caractère purement personnel de l'obligation; soit de la part de celui-ci envers le premier, si c'est par son fait, sa faute, sa négligence ou son impéritie qu'il a empêché le créancier d'agréer le payement qu'il avait promis d'effectuer au lieu et place de l'obligé principal.

Article 1238.

Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner. — Néanmoins, le payement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire, ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

Sommaire.

COMMENTAIRE.

1. Nous avons à faire sur cet article plusieurs observations critiques, soit pour montrer l'inexactitude de sa rédaction, soit pour en mettre les dispositions d'accord avec les nouveaux principes.

On sait que sous notre ancienne jurisprudence, conforme en ce point au droit romain, la propriété n'était transférée que par la tradition. Il était alors vrai de dire que le payement consistait dans la translation de la propriété, et qu'en conséquence le payement, pour être valable, devait être effectuée par le propriétaire véritable de la chose et capable de l'aliéner, puisque, autrement, celui qui aurait payé sans être propriétaire, ne pouvant transférer la propriété, ne pouvait opérer un payement valable, en vertu de la maxime (1) *nemo plus juris ad alium transferre potest quàm ipse habet* (2).

(1) L. 54, *ff. De reg. jur.*
(2) Pothier, *Oblig.*, n° 459.

Mais aujourd'hui l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'en ait point été faite (1138). Il n'est donc plus exact de dire, avec l'article 1238, emprunté à Pothier, que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement.

Il serait tout au plus exact de dire qu'il faut être propriétaire de la chose qui fait l'objet de l'obligation, pour pouvoir en disposer valablement. Car, dès l'instant que l'obligation n'a pas besoin de la tradition pour être parfaite, c'est au moment même où elle est contractée, que le promettant doit être propriétaire et avoir, à ce titre, le droit de disposer.

A s'en tenir au sens littéral de notre article, on arriverait à cette conséquence singulière, que dans les cas où le payement se lie à une transmission de la propriété, il exigerait dans le débiteur la qualité de propriétaire, au moment même ou cette qualité ne lui appartient plus et a passé sur la tête du créancier.

D'un autre côté, comment exiger du débiteur qu'il soit propriétaire, lorsqu'il ne fait, en payant, que restituer au créancier la chose dont il a la propriété? Tels sont le preneur, le dépositaire, le créancier gagiste, etc... Ces restitutions sont cependant, dans l'acception illimitée du mot, de véritables payements.

Telle est la première observation que nous avons à faire sur les termes plus qu'absolus de l'article 1238, en ce qui concerne les rapports des contractants entre eux, alors, du moins, que l'obligation est telle par sa nature, qu'elle a immédiatement et virtuellement transféré la propriété au créancier.

2. S'il s'agissait, cependant, d'une chose qui ne fût déterminée que quant à son espèce, ou de choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, comme alors, à défaut de corps certain et de contrat parachevé, la propriété n'est point encore transférée, il est vrai que le débiteur devrait, pour opérer un

payement valable, être propriétaire de la chose au moment où il la livre, si le contrat n'est parfait qu'à ce moment-là.

Mais nous remarquons qu'en réalité, la loi n'exige qu'il soit propriétaire qu'à l'instant seulement où le contrat reçoit son entière perfection, indépendamment de tout fait matériel de payement.

3. Il peut encore se faire que le débiteur paye avec une chose différente de celle qui faisait l'objet de l'obligation, ou que l'obligation soit acquittée par un tiers étranger; dans l'un et l'autre cas, la propriété de la chose au moyen de laquelle le payement s'opère en définitive, n'avait pas été transférée dans le principe. Celui qui paye devra donc être propriétaire au moment où il effectue le payement. Mais qu'on veuille y faire encore attention : en réalité, il n'a besoin de l'être qu'au moment même où la novation s'opère par la substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne (1271). L'acte de novation et le fait de payement ont beau se confondre pour ne former dans le temps qu'une opération unique et tout d'un trait; ce n'est pas pour le payement, mais pour la novation, que l'on exige que le débiteur soit propriétaire, c'est-à-dire qu'il ait le droit de disposer de la chose par la tradition de laquelle il effectue le payement.

On voit combien il est inexact de prétendre, en termes aussi absolus que ceux de l'article 1238, que pour payer valablement il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, alors même que l'obligation conduit à une transmission de propriété.

4. Mais il semble que l'article 1238 ait fait particulièrement entrer dans ses prévisions le cas spécial où la personne qui paye n'est pas exclusivement propriétaire de la chose donnée en payement, parce qu'il y a plusieurs coobligés ou héritiers du débiteur entre lesquels cette propriété est indivise. Cette interprétation paraît résulter de l'exemple même que Pothier indique pour l'explication de son principe. Ainsi,

une personne doit un corps certain. Elle meurt, laissant plusieurs héritiers, dont un seul, sans être propriétaire de la totalité, et sans le consentement de ses consorts, fait tradition de la chose au créancier. Dans la rigueur subtile du droit, ce payement ne peut être valable que pour la part de propriété qu'a dans la chose le cohéritier qui paye.

Il produit néanmoins tous les effets d'un payement régulier, parce que si les autres débiteurs prétendaient se faire restituer la chose payée par le créancier, ce dernier pourrait leur opposer qu'étant réellement ses débiteurs, ils ne sauraient faire annuler un payement qu'ils seraient immédiatement obligés de refaire, ni lui reprendre une chose qu'ils devraient tout de suite lui restituer. Ils ne peuvent donc revenir contre le payement fait d'une chose commune par un ou plusieurs de leurs consorts, que dans le cas où ils y auraient quelque intérêt, par exemple, si l'obligation était alternative ou facultative (1), ou si le payement avait eu lieu avant l'échéance du terme.

Que l'on veuille bien remarquer que nous n'examinons point la validité du payement fait par un seul des copropriétaires, au point de vue de l'action en revendication qui appartient au créancier, comme ayant acquis la propriété par le seul effet de l'obligation, mais seulement au point de vue de l'obligation personnelle, d'après laquelle chaque obligé est tenu de la tradition de la chose. Aussi, les principes que nous venons de poser s'appliquent-ils aussi bien au cas où l'obligation comprend la transmission de la propriété qu'à celui où elle embrasse la transmission de droits différents et moindres.

5. Mais quels sont les effets du payement fait par une personne qui n'est pas propriétaire de la chose donnée en payement? Le silence de la loi laisse au commentateur le soin de répondre à cette question, suivant les principes généraux du droit.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 459.

Quant au propriétaire véritable, il a contre le créancier qui a reçu la chose en payement une action en revendication, à l'effet d'en obtenir la restitution, en pleine et libre propriété, avec tous les accessoires de droit, s'il s'agit d'immeubles.

Si la chose donnée en payement par le non propriétaire consiste en une chose mobilière corporelle, le véritable propriétaire ne pourra la revendiquer entre les mains du créancier qui l'a reçue, que conformément aux principes que nous avons développés sous l'article 1141, en le combinant avec l'article 2279, c'est-à-dire dans les cas particuliers où la maxime, qu'en fait de meubles la possession vaut titre, cesse d'être applicable.

En ce qui concerne les rapports du créancier avec le débiteur qui lui a donné en payement une chose dont il n'était pas propriétaire, il est bien évident que, sous ce seul prétexte, ce dernier, alors qu'il est d'ailleurs capable de s'obliger, ne peut en demander la restitution. Car, devant le garantir, il ne peut l'évincer (1).

Quant au créancier qui a reçu la chose de bonne foi, dans l'ignorance des vices du payement, il peut, au contraire, en demander la nullité, et en exiger un autre plus régulier, avec dommages et intérêts, suivant les circonstances, sans même attendre qu'il soit troublé et évincé pour exercer une action en garantie. Mais l'action en nullité du payement cesse de la part du créancier aussitôt que les vices en sont purgés, et qu'il n'y a plus aucun intérêt, soit parce qu'il a prescrit la propriété, soit parce que le débiteur l'a acquise postérieurement. Le payement purgé de ses vices est alors consolidé (2).

6. Nous passons maintenant au second paragraphe de l'article 1238. Néanmoins, dit-il, le payement d'une somme d'ar-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 355, 1re édit. — *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 4, p. 152, 4e édit.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 504. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 355, 1re édit., et t. 4, p. 152, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 31.

gent ou autre chose qui se consomme par l'usage ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner. Cette disposition a été empruntée à Pothier (1). Elle s'applique également au cas où le débiteur n'était pas propriétaire, et à celui où il n'était pas capable d'aliéner.

A cet égard, nons ferons une première observation; c'est que la loi romaine (2) applique aussi l'exception au payement fait par un non propriétaire, comme à celui fait par un mineur sans l'autorisation de son tuteur, c'est-à-dire par un incapable. Mais son application, en droit romain, tenait aux principes particuliers de la condiction; tandis qu'en droit français, si, d'une part, elle se lie aux principes ordinaires de l'action en revendication qui n'a lieu que contre le possesseur ou contre celui qui, de mauvaise foi, a cessé de posséder, d'autre part, elle se rattache aux règles du droit commun qui concernent la transmission des choses mobilières. Nous devons expliquer comment.

7. Le payement, dit l'article 1238, ne peut être répété contre le créancier qui a consommé la chose de bonne foi. Mais répété par qui? Quelle est la personne à qui il entend refuser l'action en répétition? Est-ce le débiteur? Est-ce le véritable propriétaire? L'action est refusée à l'un comme à l'autre. Occupons-nous d'abord du propriétaire; car nous continuons à examiner la condition de propriété, et nous apprécierons plus tard la condition de capacité.

Nous rappelons que les meubles n'ont pas de suite entre les mains des tiers possesseurs de bonne foi (2279, 1141); que, néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, a trois ans pour la revendiquer (2279). Il est enfin bien

(1) *Oblig.*, n° 461.
(2) L. 14, § 8, et l. 78, *ff. De solut.*

entendu que le débiteur qui a payé en livrant la chose qui ne lui appartenait pas, ne peut demander lui-même la nullité du payement. L'action en répétition, si l'on suppose le débiteur capable d'aliéner, n'appartient donc qu'au véritable propriétaire, et voyons à quelles conditions elle lui appartient.

Des termes dans lesquels l'article 1238 est conçu, il semble résulter que le propriétaire peut répéter les choses fongibles reçues par le débiteur, à la seule condition qu'il ne les aura pas consommées de bonne foi; de telle sorte qu'alors même qu'il a été de bonne foi au moment où il les a reçues, il doit néanmoins les rendre, si sa bonne foi a cessé au moment de la consommation. Mais tel n'est pas le sens de notre article; car il en résulterait que le créancier, qui a reçu en payement des choses fongibles, serait plus défavorablement traité que s'il avait reçu des choses non fongibles, puisque, pour lui assurer tout droit sur ces dernières, et en empêcher la répétition, il suffit qu'il les ait reçues de bonne foi, et qu'il est indifférent que sa bonne foi ait cessé plus tard. Or, il est impossible de supposer que la loi ait entendu restreindre l'application de la maxime, qu'en fait de meubles possession vaut titre, précisément dans un cas où la nature même des choses délivrées en commandait une favorable extension.

Et, en effet, l'article 1238, au lieu de la restreindre, l'a étendue. Tout en laissant le débiteur sous la protection de la maxime générale, il lui accorde, pour un cas spécial, une protection exceptionnelle. Voici ce cas : le débiteur reçoit en payement des choses fongibles, il les consomme de bonne foi. Mais ces choses ont été volées, perdues. Suivant les règles ordinaires, le propriétaire a trois ans pour les revendiquer. Or, c'est cette action en répétition que la loi interdit contre le créancier. L'hypothèse de l'article 1238 ne peut être que celle-ci; car, si les choses n'avaient été ni volées, ni perdues, les principes posés dans les articles 2279 et 1141 combinés, suffiraient pour empêcher toute revendication. La loi a donc dû, pour interdire l'action en répétition, se poser dans l'hypo-

thèse de perte ou de vol, puisque c'est la seule où la répétition soit admise. Tel est le seul mode d'interprétation à l'aide duquel on puisse mettre l'article 1238 en harmonie avec les autres dispositions du Code, relatives à la transmission des choses mobilières.

8. Mais notons avec soin les conditions qu'il exige pour que le payement ne puisse être répété.

Il faut que le payement soit d'une somme d'argent, ou autre chose qui se consomme par l'usage ; il faut que le créancier l'ait consommée de bonne foi ; d'où il suit qu'il ne suffirait pas d'avoir reçu de bonne foi, si la consommation avait eu lieu de mauvaise foi, ni d'avoir consommé de bonne foi, si la réception avait eu lieu de mauvaise foi.

L'on comprend sans peine que, moyennant toutes ces conditions, la loi ait interdit l'action en répétition contre le créancier. Car, la chose reçue étant consommée, il n'y a plus de répétition possible, puisqu'il n'y a plus de possesseur contre lequel elle puisse s'exercer. Cette action ne se donne, en effet, que contre le possesseur, ou contre celui qui a cessé malicieusement de posséder (1).

9. Voici une espèce que nous empruntons à la loi romaine : Si je remets à quelqu'un de l'argent pour qu'il paye mon créancier, et qu'il paye, en son nom, ce créancier, qui est aussi le sien, ni lui ni moi ne sommes libérés ; moi, parce que le payement n'a pas eu lieu en mon nom ; lui, parce qu'il a payé avec de l'argent dont il n'est pas propriétaire, sauf le cas où le créancier aurait consommé les deniers de bonne foi (2). J'ai seulement contre lui une action de mandat. Telle est la décision du droit romain.

Mais, sous le Code civil, il suffira, pour la libération de celui qui paye en son nom sa créance personnelle, avec de

(1) Pothier, *Oblig.*, nº 461.
(2) L. 17, *ff. De solut.*

l'argent qui lui a été remis pour une autre destination, que le créancier ait reçu de bonne foi. Les meubles, en effet, n'ont pas de suite, et l'abus de confiance ne peut être assimilé au vol, en ce qui concerne l'action en revendication.

Que si le créancier a reçu de mauvaise foi, je serai libéré; car, si je suis poursuivi en payement, je n'aurai qu'à appeler le tiers en garantie, et à le faire condamner à laisser les fonds entre les mains de qui les a reçus, pour ma libération effective.

10. Mais que doit-on entendre ici par consommation? Il faut entendre par là, indépendamment de l'anéantissement même de la chose par son usage régulier, tout acte, toute opération qui a eu pour résultat de faire sortir la chose des mains du créancier, ou de lui faire subir, alors même qu'elle est restée en sa possession, des changements, des transformations qui lui ont fait perdre son nom, sa nature, ses qualités, son état, pour en constituer une chose nouvelle et différente.

Ainsi, elle est censée consommée, lorsqu'elle est devenue l'objet d'un payement ou d'un prêt fait à un tiers (1).

Mais il ne suffirait pas, tant qu'on en garde la possession, d'avoir mêlé des choses fongibles avec d'autres de même nature, sans les dénaturer ni les transformer, comme de l'argent avec d'autres pièces de monnaie, du blé avec d'autre blé, du vin avec d'autre vin (2).

11. Si la consommation n'était pas entière, l'action en répétition se donnerait contre le créancier, jusqu'à concurrence seulement de la portion qui n'aurait pas été consommée.

12. Examinons maintenant la condition de capacité.

Si la loi exige, pour la validité du payement, que celui qui paye soit capable d'aliéner, c'est toujours par suite de ce faux

(1) Duranton, t. 12, n° 33.
(2) Duranton, *ibid.*

aperçu que le payement est un acte d'aliénation, de la part même du débiteur qui ne fait qu'acquitter sa dette. Aussi, cette condition de capacité ne doit-elle s'appliquer, dans toute sa rigueur, qu'au tiers étranger qui paye au nom et en l'acquit d'un autre.

13. Quant au débiteur lui-même qui paye, en état d'incapacité, sa dette personnelle, il ne peut poursuivre la nullité ou la rescision du payement par lui effectué, et répéter, en conséquence, la chose qui en fait l'objet, que suivant les règles générales qui déterminent les effets de son incapacité, et que nous exposerons plus loin, en traitant des actions en nullité ou en rescision (1), sans que, du reste, le créancier qui a reçu puisse jamais opposer l'incapacité de son débiteur duquel il a reçu payement.

Lors donc qu'une obligation préexiste de tous points régulière, légitime et incontestable, soit qu'elle se lie à une transmission de propriété ou à une translation de tout autre droit, l'incapable, mineur, interdit ou femme mariée, qui ne fait que l'acquitter, ne peut, sous le prétexte de son incapacité, attaquer le payement par voie de nullité ou de rescision. Le simple fait d'exécution qu'il a consommé doit être maintenu, et produit sa libération, comme s'il l'avait accompli en parfait état de capacité. Quel intérêt, d'ailleurs, aurait-il à répéter ce qu'il a payé puisqu'il devrait, comme débiteur, repayer ce qu'il se serait fait restituer comme incapable (2)?

Mais, s'il avait un intérêt quelconque à exercer une action en répétition, soit parce que, s'agissant d'une obligation à terme, il a payé avant l'échéance (3), soit parce que, s'agissant d'une obligation alternative ou facultative, il n'a pas usé convenablement de sa faculté d'option; dans ce cas, il pour-

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 354, 1re édit., et t. 4, p. 150, 4e édit.

(2) TOULLIER, t. 7, n° 7. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 356, 1re édit., et t. 4, p. 150, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 27.

(3) TOULLIER, t. 7, n° 7.

rait faire rescinder ou annuler le payement, et répéter la chose qu'il a payée, pour faire ensuite un nouveau payement plus régulier et plus conforme à ses intérêts.

Que si le débiteur incapable avait seulement payé par anticipation, et que le terme vînt à échoir avant sa demande en répétition, devant dès lors payer, il ne pourrait sans doute rien répéter; mais il aurait droit à être indemnisé du préjudice que lui aurait causé l'anticipation de payement.

14. Dans le cas même où, d'après les règles générales qui déterminent les effets de son incapacité, il serait en droit de poursuivre la rescision de son payement, cependant s'il avait eu lieu en une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, la répétition ne devrait pas être exercée contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi (1238). Cette consommation, effectuée de bonne foi, apporte ainsi une exception aux conséquences ordinaires de l'incapacité de celui qui paye, en ce qui touche la validité du payement.

Mais pour que l'article 1238 reçoive son application, il faut que l'incapable n'ait fait qu'acquitter sa propre dette, et non celle d'un tiers, dans les termes de l'article 1236.

15. L'exception doit être restreinte dans sa portée au cas spécial pour lequel elle a été introduite. Elle n'a, en effet, d'autre but que de couvrir, par une consommation de bonne foi, le vice du payement résultant de ce qu'il a été fait par un incapable. Elle ne saurait donc couvrir de même les vices qui affectent en elle-même l'obligation, ni faire encourir à l'incapable la déchéance des moyens qu'il pourrait avoir pour la faire déclarer nulle, rescindable, prescrite ou éteinte.

C'est qu'alors il ne s'agit pas d'apprécier la valeur du payement en lui-même, en tant qu'il s'applique à une obligation régulièrement préexistante, mais de l'apprécier dans ses conséquences légales, en tant qu'il emporterait, de la part de l'incapable, renonciation à des moyens et à des exceptions auxquels son incapacité l'empêchait de renoncer. Si le payement est

validé, quoique fait par un incapable, c'est parce que le tiers est réellement et incontestablement créancier. Mais, lorsque l'obligation elle-même est attaquée dans sa validité ou dans son existence, le payement ne peut être validé de manière à purger les vices mêmes qui l'infectent. Car l'incapable fait remonter son attaque au delà du fait de payement, jusqu'à son engagement lui-même. Dès lors on rentre dans l'application des règles générales relatives aux actions en nullité ou en rescision (1).

Article 1239.

Le payement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice, ou par la loi à recevoir pour lui. — Le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité.

Sommaire.

1. A qui le payement doit-il être fait?
2. Du cas où la créance se divise.
3. Le payement peut être fait au créancier et à tout ayant-cause.
4. Il peut être fait au mandataire.
5. Du mandat général d'administrer.
6. Du mandat de vendre.
7. Du mandat de louer.
8. Du simple mandat de recevoir des offres et prendre des commandes.
9. De l'adjoint au payement,
10. L'indication du domicile n'emporte point mandat pour la personne.
11. Restitution du dépôt après la mort du déposant.
12. Remise de pièces à un avoué.
13. Remise de titres à un huissier,
14. Ou à un tiers sans caractère public.
15. Du mandataire substitué.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 355, n[te] 13, et p. 356, n[te] 19, 1[re] édit., et t. 4, p. 151, n[tes] 13, 15, 4[e] édit. — Duranton, t. 12, n° 29.

COMMENTAIRE.

1. A qui le payement doit-il ou peut-il être fait? Pour être valable et libératoire, le payement doit être fait au créancier ou a quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui (1239). A défaut du créancier, à son exclusion ou en concurrence avec lui, il y a ainsi trois espèces de personnes à qui le payement peut être valablement fait. Ce sont celles qui sont chargées de recevoir pour lui en son nom, en vertu d'un mandat conventionnel, judiciaire ou légal.

2. Quant au créancier, en sa seule qualité de créancier, le débiteur ne peut lui payer valablement que sa part dans la créance, puisque pour le surplus il cesse d'être créancier. Tel est le cas où la dette s'est divisée entre les héritiers du créancier originaire, ou entre plusieurs créanciers conjoints, à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation indivisible, ou qu'il n'y ait solidarité entre les créanciers.

Mais, dans le cas même où la créance s'est divisée, si, en sa seule qualité de créancier, il ne peut régulièrement exiger et recevoir que sa portion, rien ne s'oppose à ce que le débiteur ne lui paye les parts des autres ou de quelques-uns d'entre eux, s'il est d'ailleurs chargé de recevoir pour eux en vertu d'un mandat conventionnel, judiciaire ou légal.

3. Le créancier à qui le payement doit être fait pour être valable, n'est pas seulement le créancier originaire; c'est encore toute personne à qui la créance a été transmise par testament, donation, cession, délégation, subrogation, transaction, partage, pourvu qu'elle en ait été légalement saisie à l'égard du débiteur, au moyen de l'accomplissement des formalités prescrites pour régulariser la translation de la créance à son égard.

4. Lorsque le créancier, d'ailleurs capable de recevoir, a donné à un tiers, même incapable (1990), mandat spécial et exprès, aucune difficulté ne saurait s'élever. C'est comme si le débiteur payait au créancier lui-même (1). Mais, en l'absence de termes positifs et formels, il s'agit de savoir dans quelles circonstances le mandataire est censé chargé de recevoir pour le créancier.

Ce mandat peut même être tacite, et résulter des circonstances. La jurisprudence des arrêts présente sur ce point de nombreux monuments.

Mais, soit qu'il s'agisse d'un mandat conventionnel, exprès ou tacite, le mandant doit être capable. Car, si le créancier mandant était frappé d'incapacité, le payement fait au mandataire ne serait pas plus valable que s'il avait été fait au mandant lui-même.

5. Un mandat général d'administration confère au mandataire tout pouvoir de recevoir payement au nom du créancier (2). Ce fait rentre, en effet, dans les actes d'administration générale, alors du moins que le mandat pour gérer et administrer n'est point limité à certains actes spéciaux, soit par ses termes, soit par les circonstances.

(1) L. 180, *ff. De reg. jur.*

(2) L. 12, et l. 34, § 3, *ff. De solut.* — Pothier, *Mandat*, n° 150, et *Oblig.*, n° 477. — Duranton, t. 12, n° 47. — Troplong, *Mandat*, n° 287.

6. Le pouvoir de vendre, soit qu'il s'agisse de choses mobilières ou immobilières, emporte, à défaut de réserves expresses, le pouvoir de toucher au moins la partie du prix qui est payée comptant. Car, dès l'instant que le mandataire peut vendre, et que rien ne l'oblige à donner terme, il a tout pouvoir nécessaire pour représenter le mandant dans les conséquences immédiates du contrat.

Mais son mandat étant épuisé par la consommation de la vente, il cesse d'avoir qualité pour toucher le prix resté dû ou stipulé à terme. C'est au mandant seul, qui n'a désormais plus de mandataire, que le débiteur doit payer dorénavant.

Alors, cependant, qu'il s'agit de choses mobilières, le plus souvent le simple mandat de vendre emporte pour le mandataire pouvoir de recevoir le prix dû à terme, aussi bien que le prix payé comptant. La nature même des choses qui font l'objet de la vente suppose, en effet, de la part du mandant, une confiance plus étendue en la personne du mandataire. Puisqu'il s'en rapporte à lui du soin de vendre des choses qu'il remet à son entière disposition, il doit être, à moins de circonstances particulières, censé s'en rapporter à lui, sans distinction, pour recevoir le prix payé comptant ou dû à terme qui les représente (1).

Mais si le mandat ne conférait au mandataire que le pouvoir de vendre à terme et non autrement, il est bien évident que cette clause, marquée au coin de la défiance, lui ôte tout pouvoir de recevoir le prix de vente, alors même qu'il s'agit de choses mobilières. Car vendre et toucher le prix sont deux actes qui, devant se faire en différents temps, sont par cela même réservés à des personnes différentes, l'un au mandataire et l'autre au mandant. La consommation de la vente a épuisé et éteint du même coup le mandat conféré.

Autre chose, toutefois, le simple pouvoir de donner terme pour le payement du prix de vente; autre chose, le pouvoir

(1) Voy. Pothier, *Oblig.*, n° 477.

de vendre avec obligation de ne vendre qu'à crédit. Dans le premier cas, rien ne s'opposant à ce que le mandataire touche le prix payé comptant, il peut, suivant les circonstances qui sont laissées à l'appréciation des juges, et s'il s'agit de choses mobilières, être censé avoir également pouvoir de vendre et de toucher le prix même stipulé à terme. Mais quand il ne peut vendre qu'à crédit, à terme, il ne peut rien toucher du tout, ni le prix payé comptant, parce que le payement est contraire au mandat, ni le prix stipulé à terme, parce qu'alors le mandat est éteint (1).

7. Quant au simple mandat de louer, il ne confère également par lui-même aucun pouvoir au mandataire pour toucher les loyers et fermages à échoir, à moins que le mandat ne se rattache à un mandat général d'administration, ou qu'il ne renferme celui de gérer et d'administrer la chose louée. Cependant, le mandataire peut, en affermant, recevoir les pots de vin payés par le fermier ou le locataire, ainsi que les termes qui sont payés d'avance, conformément à l'usage des lieux, pourvu, du moins, qu'aucune clause n'indique de la part du mandant l'intention d'empêcher le mandataire de toucher quoi que ce soit (2).

8. Nous terminerons sur ce point par une observation essentielle. Il ne faut pas confondre avec le mandat de vendre ou de louer les pouvoirs limités et restreints conférés par un maître ou patron à certains agents accrédités auprès du public, dans le seul but de faire des offres et de recevoir des commandes, sans toutefois pouvoir passer contrat sans l'agrément et l'adhésion spéciale de leur mandant. Cette observation ne doit pas être perdue de vue dans la pratique du commerce.

9. Lorsqu'un tiers, même incapable (3), a été indiqué dans

(1) Voy. DURANTON, t. 12, n° 51. — TOULLIER, t. 7, n° 23.
(2) DURANTON, t. 12, n° 51.
(3) L. 11, *ff. De solut.*

la convention pour recevoir payement, *adjectus solutionis gratiâ*, le débiteur, ou un tiers non intéressé, peut valablement payer entre ses mains, même après avoir payé un à-compte au créancier (1). Ce tiers représente, en effet, le créancier, sans qu'il puisse cependant, en cette seule qualité, exiger et poursuivre le payement (2).

Il y a même dans cette clause plus qu'un mandat ordinaire. Car, si le mandat est révocable à la volonté du mandant, le créancier, qui est alors le mandant, ne peut, lorsqu'il s'agit de l'indication d'un tiers pour recevoir payement, révoquer, malgré le débiteur et contre sa volonté, cette clause qui fait partie intégrante du contrat. Le débiteur peut donc payer entre les mains du tiers, nonobstant l'opposition du créancier et toute révocation prétendue de ses pouvoirs, à moins de changements d'état dans sa personne (3).

Cependant, si cette stipulation n'avait point été faite dans son intérêt, le débiteur n'aurait aucun droit à s'opposer à ce que le créancier révoquât les pouvoirs par lui conférés dans les termes d'un mandat ordinaire, et soumis aux mêmes modes d'extinction.

Lorsque l'indication d'un tiers pour recevoir payement a été stipulée également dans l'intérêt de ce tiers, elle ne cesse point de produire ses effets, malgré les changements d'état survenus dans sa personne. Ainsi, le créancier ne peut, sous le prétexte de sa mort, de son interdiction, d'un changement d'état quelconque, exiger que désormais le payement ait lieu entre ses propres mains. Mais c'est au débiteur à prendre ses mesures pour payer valablement entre les mains du tiers indiqué ou de ceux qui le représentent (4).

(1) L. 71, *ff. De solut.*

(2) L. 10, *ff. De solut.*

(3) Voy. POTHIER, *Oblig.*, nos 480 et suiv. — DURANTON, t. 12, nos 53, et suiv. — TOULLIER, t. 7, nos 24 et suiv.

(4) DURANTON, t. 12, no 53.

10. L'indication d'un lieu pour le payement n'emporte point autorisation de le recevoir, en faveur de la personne dont le domicile est indiqué. Le payement fait entre ses mains ne serait donc pas valable. Car l'indication de son domicile n'a été faite que pour procurer, soit au créancier, soit au débiteur, une plus grande facilité de recevoir ou de se libérer (1). Cette considération suffit sans doute, pour écarter toute idée de mandat. Mais l'article 1258 est formel, lorsqu'il dispose que les offres doivent être faites, tant à la personne ayant capacité pour recevoir, qu'au lieu convenu pour le payement. Enfin, l'article 111 montre assez que l'élection de domicile n'a trait qu'à l'exécution de l'acte, aux significations, aux demandes et poursuites relatives à cet acte, sans entraîner aucune modification de la capacité des parties, soit pour offrir, soit pour recevoir.

Quand bien même il s'agirait d'un domicile élu chez un officier public, un notaire, par exemple, vainement on prétendrait que l'usage lui donne un véritable mandat pour recevoir et quittancer. Comme il s'agit de créer une capacité et de poser une exception, non-seulement à ce principe que le payement doit être fait à créancier ou à mandataire, mais encore à cet autre principe que l'élection de domicile pour l'exécution d'un acte n'enlève pas au créancier sa capacité naturelle pour recevoir le payement ; comme il s'agit enfin de faire prévaloir un usage prétendu sur les dispositions formelles de la loi, la raison tirée de cet usage est sans valeur et ne peut légitimer la décision qui l'aurait pris pour base (2).

Mais si cette raison seule est insuffisante, il n'en est pas moins vrai que le concours de circonstances particulières peut

(1) Cass., 23 nov. 1830. Sirey, 31, 1, 153. — 21 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 892.

(2) Cass., 21 nov. 1836. Sirey, 36, 1, 892. — Douai, 29 nov. 1849. Sirey, 50, 2, 223. — Bordeaux, 11 juillet 1859. Sirey, 60, 2, 92. — Lyon, 16 février 1860. Sirey, 61, 2, 607. — Rennes, 11 avril 1867. Sirey, 69, 2, 45.

donner à cette élection de lieu la portée d'un véritable mandat. Si, par exemple, le créancier semble, par ses actes, avoir autorisé ou ratifié le payement fait entre les mains de la personne dont le domicile était indiqué; si des oppositions ont été faites dans les mains de cette dernière et signifiées au créancier, sans susciter aucune critique de sa part; si, enfin, il semble avoir accepté les faits accomplis comme résultat d'une extension par lui donnée dans le sens d'un mandat à l'indication d[illegible]r, qu pour le payement; dans ces circonstances, les juges, [illegible] sont les appréciateurs souverains, peuvent interpréter la [illegible] telle que le créancier l'aura lui-même entendue, dans le sens d'une véritable procuration donnée à la personne (1).

11. Le dépôt doit, aux termes de l'article 1937, être remis au déposant, ou à celui au nom de qui le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir. Mais, d'après l'article 1939, en cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt, la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier. L'article 1937 prévoit donc le cas où la restitution se fait du vivant du déposant, et l'article 1939, celui où elle se fait après sa mort. C'est ce qui résulte des termes formels du discours prononcé au Corps législatif par le tribun Favard.

Cette distinction, en conciliant les dispositions des articles 1937 et 1939, les rattache, d'ailleurs, aux principes rigoureux du droit. En effet, quand l'acte de dépôt contient une indication de personne pour recevoir, il se mélange de mandat. La personne indiquée est mandataire du déposant. Or, le mandat est révoqué par la mort du mandant. Donc la personne indiquée pour recevoir est sans qualité après le décès du déposant.

(1) Cass., 12 mars 1844. Sirey, 44, 1, 321. — Metz, 23 fév. 1864. Sirey, 64, 2, 260. — Douai, 29 nov. 1862. Sirey, *ibid.* — Cass., 12 sept. 1872. Sirey, 72, 1, 958. — 22 nov. 1876. Sirey, 77, 1, 65.

On peut, en outre, faire valoir cette considération, que le dépôt pourrait dissimuler des dispositions prohibées; qu'il ne peut être considéré, ni comme donation entre vifs, ni comme donation à cause de mort, puisque les formalités voulues n'ont pu être observées, et que la donation n'a été ni acceptée du vivant du déposant, ni susceptible d'acceptation après son décès, ni revêtue enfin des formes exigées pour les dispositions de volonté dernière (1).

12. La seule remise de pièces à un avoué que l'on charge de poursuivre un procès, n'équivaut pas pour lui à un mandat de recevoir payement pour le créancier. Car cette réception n'entre nullement dans la mission qui lui est confiée (2).

Même après le jugement rendu, le débiteur ne peut payer valablement en ses mains (3).

13. Quant à la remise de titres exécutoires que fait le créancier aux mains d'un huissier, pour faire commandement à son débiteur, le poursuivre par voie d'exécution, de saisie immobilière, de contrainte, il est reconnu que cette remise donne à l'huissier porteur de pièces, pouvoir de toucher le montant de la dette pour le créancier requérant. Comme il n'a mandat d'agir que pour le cas où le débiteur ne satisferait pas tout de suite à son obligation, il rentre dans la nature même de ce mandat qu'il puisse recevoir pour le créancier, et soustraire ainsi le débiteur aux rigueurs de la poursuite (4).

Le débiteur peut valablement payer entre les mains de l'huissier, non-seulement au moment où il se présente pour accomplir l'acte de son ministère, mais encore aussi longtemps que dure son mandat à fin de poursuites. Ainsi, il

(1) TROPLONG, *Dépôt*, nos 147 et suiv. — Cass., 16 août 1842. SIREY, 42, 1, 850. — 29 avril 1846. SIREY, 46, 1, 689.

(2) L. 86, *ff. De solut.*

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 477. — DURANTON, t. 12, n° 49.

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 477. — TROPLONG, *Mandat*, n° 119. — DURANTON, t. 12, n° 50. — Cass., 3 déc. 1838. SIREY, 39, 1, 339.

pourra régulièrement se libérer entre ses mains, dans l'intervalle qui s'écoule entre le commandement et la saisie ou tout autre acte d'exécution, et incessamment aussi pendant tout le cours de la saisie, jusqu'à la vente ou l'adjudication, pourvu que l'huissier soit encore en possession des pièces, possession indispensable pour justifier de la prorogation de ses pouvoirs (1).

Dans le cas même où il s'agit d'actes sous seing-privé et non revêtus de la force d'exécution parée, nous croyons que l'huissier porteur de pièces, à qui mission a été donnée d'assigner ou de sommer le débiteur, peut régulièrement recevoir payement pour le créancier. Cette mission équivaut à un mandat. Les pouvoirs de toucher y sont contenus, comme au cas où il s'agit d'un commandement ou d'un acte plus rigoureux d'exécution. La sommation ou l'assignation ne doit, en effet, avoir lieu que pour avoir jugement et à défaut de payement. Le débiteur doit donc pouvoir payer valablement entre les mains de l'huissier chargé de le poursuivre (2).

Mais il y a cette différence entre le cas d'une dette dont le titre est exécutoire et celui où il ne l'est pas, que, dans le premier cas, les pouvoirs de l'huissier durent aussi longtemps que les poursuites, pourvu qu'il reste nanti des pièces, tandis que, dans le second cas, ses pouvoirs sont épuisés, quand bien même il aurait les pièces en mains, aussitôt qu'il a donné l'assignation ou la sommation. Car ces actes, complets par eux-mêmes, une fois qu'ils sont accomplis, n'impliquent de la part de l'huissier aucun autre acte de poursuite comme nécessaire, à moins de circonstances spéciales.

14. Mais un tiers sans caractère public, porteur du titre qui constate la créance, n'aurait aucune qualité pour en recevoir le payement, à moins qu'il ne s'agît d'un effet payable

(1) Duranton, t. 12, n° 50.
(2) Toullier, t. 7, n° 20. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 50.

au porteur. Si le débiteur payait entre ses mains, il payerait mal, et s'exposerait à payer deux fois, sauf son recours contre le tiers étranger qui a recu (1).

15. Si le mandataire avait reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, le payement fait au mandataire substitué, serait valable à l'égard du créancier (1994, 1998).

16. Dans le cas même où le mandat serait éteint par une cause quelconque, le payement fait par le débiteur entre les mains du mandataire, de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'extinction du mandat, serait encore parfaitement valable. Le créancier, en ne lui en donnant pas avis, a commis à son égard une faute dont il doit personnellement supporter les conséquences (2009) (2).

Mais si le débiteur avait payé sur la représentation d'un faux mandat, à moins qu'il ne s'agît de lettre de change ou de billet à ordre (145, 187, C. comm.), il ne pourrait opposer ce payement au créancier auquel il n'y a ni faute ni négligence à imputer (3).

17. Les mandataires légaux qui ont des pouvoirs suffisants pour recevoir payement, au nom et à la place du créancier, sont notamment les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (134), les tuteurs des mineurs ou interdits (450, 509), le curateur du mineur émancipé (482), le conseil judiciaire (499, 513), le mari, dans les divers cas où il a l'administration des biens de sa femme (1428, 1531, 1549, 1578).

Au nombre des mandataires légaux, nous rangeons le curateur du mineur émancipé. Nous pensons, en effet, qu'il a qualité pour recevoir, pourvu du moins qu'il reçoive en la

(1) Toullier, t. 7, nº 20.
(2) L. 18, 32 et 34, § 3, *ff. De solut.*
(3) L. 34, § 4, *ff. De solut.* — Pothier, *Oblig.*, nº 474. — Toullier, t. 7, nº 19. — Zachariæ, t. 2, p. 357, nte 1re, 1re édit., et t. 4, p. 154, 4e édit.

présence et du consentement du mineur. Il est vrai que l'article 482 parle simplement de l'assistance du curateur, qui surveillera l'emploi du capital reçu; d'où l'on pourrait tirer cette conséquence, que le mineur seul a qualité pour recevoir, moyennant l'assistance de son curateur (1). Nous croyons, cependant, qu'il peut être, suivant les cas, plus conforme à l'esprit de la loi, que ce soit le curateur qui reçoive lui-même, non pas en vertu d'un droit absolu, comme sous le droit romain (2) et notre ancienne jurisprudence, mais à la condition que le mineur y donne un consentement exprès ou tacite. Car son droit de surveillance deviendrait le plus souvent illusoire, si le capital payé devait exclusivement passer par les mains du mineur. En disant surveillance, la loi implique le droit de recevoir, retenir et conserver, suivant les circonstances et l'exigence des cas.

Nous faisons la même observation à l'égard du conseil judiciaire.

18. Quant aux mandataires judiciaires, il faut considérer comme tels le curateur nommé pour représenter un présumé absent (113), le séquestre chargé d'administrer les biens d'un condamné contumax (471, C. inst. cr.), l'administrateur provisoire nommé pour prendre soin de la personne et des biens de celui dont on poursuit l'interdiction (497), et le séquestre, en ce qui concerne l'administration de la chose séquestrée.

Les tiers-saisissants ou opposants, ès-mains desquels la justice a condamné le tiers-saisi à payer, ainsi que tous autres créanciers poursuivants, saisissants ou opposants, colloqués dans un ordre ou dans une distribution par contribution, nous semblent devoir être également considérés comme mandataires judiciaires. Nous observerons, cependant, à l'égard de ces derniers, qu'ils sont mandataires judiciaires *in rem suam,* puisqu'ils sont saisis et qu'ils ne font que recevoir, à la place

(1) Duranton, t. 12, n° 55.
(2) L. 5, § 3, *ff. De curat. fur. vel.*

du créancier, et plutôt en son acquit qu'en son nom, le montant de leurs créances personnelles.

19. Quant au curateur à une succession vacante, ce n'est pas à lui qu'on peut payer valablement. Il administre sans pouvoir toucher lui-même aucuns fonds, et à la charge de faire verser le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus, dans la caisse du receveur de l'enregistrement (813) (1).

Mais quant aux payements autres que ceux consistant en numéraire, comme ils rentrent dans l'administration qui lui est confiée, il a tout pouvoir suffisant pour les recevoir.

20. On peut payer valablement, non-seulement à celui qui a pouvoir du créancier, mais encore à celui qui a pouvoir de la personne qui est autorisée par la loi ou par justice à recevoir pour le créancier. Tel est le mandataire du tuteur ou du mari (2).

On peut, du moins, payer valablement au mandataire, aussi longtemps que durent les pouvoirs et la qualité du mandant. Mais on ne le pourrait plus après la tutelle ou le mariage fini (3).

21. Soit qu'il s'agisse d'un mandat légal ou judiciaire, le débiteur qui paye entre les mains du mandataire, de bonne foi, dans l'ignorance de l'extinction de ses pouvoirs, effectue un payement valable à l'égard du créancier. Il y a les mêmes raisons de le valider dans ce cas, que dans celui d'un mandat conventionnel (2009). Mais il faut que cette bonne foi soit parfaite, et qu'on n'ait à imputer au débiteur aucune faute, aucune négligence dans les soins qu'il devait prendre pour s'assurer de la qualité et des pouvoirs de la personne qui a

(1) Circulaire du ministre de la justice, 26 mai 1842. — DURANTON, t. 12, n° 56.

(2) L. 96, *ff. De solut.*

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 176.

reçu le payement pour le créancier. Une erreur grossière, une imprudence inexcusable ne sauraient obtenir la même faveur que la bonne foi (1).

22. Cette question nous conduit à une autre. Nous nous demandons si le payement fait de bonne foi au créancier lui-même qui, depuis l'engagement, a changé d'état, est également valable. L'article 1940 porte : « Si la personne qui a fait le dépôt a changé d'état, par exemple, si la femme, libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari, si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction, dans tous ces cas, et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant. »

Cette disposition est la consécration d'un principe de droit commun. Cependant, quelque rigoureuse qu'elle puisse paraître dans ses termes, nous croyons que le dépositaire payerait valablement, et serait régulièrement libéré en restituant le dépôt au déposant lui-même, de bonne foi, dans l'ignorance de son changement d'état. Si l'article 1240 valide le payement fait de bonne foi au possesseur de la créance, pourquoi ne validerait-on pas de même le payement fait de bonne foi au créancier en personne, qui n'a fait que changer d'état et perdre sa capacité primitive (2)?

Ce que nous disons de la restitution d'un dépôt, qui n'est qu'un payement d'une espèce particulière, il convient de l'appliquer à tous les cas de payements, de quelque nature qu'ils soient. Mais il faut que la bonne foi soit entière, et que l'ignorance sur laquelle elle se fonde ne soit le résultat d'aucune imprudence, d'aucune incurie de la part du débiteur (3).

23. Il faut, en outre, remarquer que c'est le payement seul

(1) Duranton, t. 12, n° 54. — Toullier, t. 7, n° 18.
(2) Troplong, *Dépôt*, n° 162.
(3) L. 32, *ff. De solut.* — Pothier, *Oblig.*, n° 475.

que nous entendons valider, à l'égard du créancier, à raison de la bonne foi de celui qui l'a fait. Quant à l'obligation elle-même, elle ne saurait être validée par ce motif. Dès lors, le payement qui s'y rattache ne doit pas avoir un autre sort que le sien, lorsque le prétendu débiteur en demande la nullité ou la rescision.

24. Nous ajoutons que le payement fait de bonne foi au mandataire judiciaire ou légal qui a changé d'état, par suite d'une incapacité survenue, est valable de la même manière et dans les mêmes circonstances que le payement fait au créancier lui-même.

25. Mais le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie (1), ou s'il en a profité (2) (1239). Par sa ratification ultérieure, il se l'approprie exactement comme si celui qui a reçu pour lui avait eu dès le principe des pouvoirs réguliers.

Ou bien, en ayant profité, il ne saurait demander un second payement qui, contrairement aux principes d'équité, l'enrichirait aux dépens d'autrui. Si le créancier n'en avait profité qu'en partie, le payement vaudrait à due concurrence.

La ratification du créancier peut être expresse ou tacite. Elle résultera, par exemple, de ce que le créancier aura intenté contre celui qui a reçu sans pouvoirs, une action en remboursement, quand bien même celui-ci serait reconnu plus tard insolvable; ou bien encore de ce qu'il n'aura demandé au débiteur le payement de ce qui lui est dû, que sous la déduction de ce qui a été précédemment acquitté. De pareils actes supposent, en effet, de sa part, qu'il accepte le payement fait entre les mains du tiers sans pouvoirs, comme un fait régulièrement accompli dont il entend subir les conséquences.

26. Quant aux jugements qui ordonnent un payement à

(1) L. 12, § 4, *ff. De solut.*
(2) L. 28 et 34, § 9, *ff. De solut.*

faire par un tiers, ils ne sont exécutoires par ce tiers, à peine de payer deux fois, si le jugement est plus tard infirmé, après les délais de l'opposition et de l'appel, que sur la double attestation de l'avoué et du greffier que ce jugement a été signifié, et qu'il n'existe ni opposition ni appel (548, C. pr.). Il faut même remarquer que ces dispositions s'appliquent également au cas où l'exécution provisoire a été ordonnée (1).

Article 1240.

Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

Sommaire.

1. Le payement fait de bonne foi au possesseur de la créance est valable.
2. La bonne foi du débiteur suffit.
3. Ce que c'est que posséder une créance.
4. Suite.
5. Le débiteur peut exiger que la légitimité de la possession soit justifiée.
6. L'article 1240 n'est pas applicable au tiers qui paye sans y être intéressé.
7. Il ne suffit pas toujours de payer le possesseur de la créance. Exemple de la caution.
8. L'article 1240 ne s'applique qu'au payement.
9. Il est indifférent que le payement soit anticipé ou non, avec ou sans date certaine.
10. Payements obtenus par violence et contrainte.

COMMENTAIRE.

1. Le payement, quel qu'il soit, est l'acte le plus simple, le plus naturel de tous ceux qui s'accomplissent dans la vie civile. Sous ce rapport, sa cause est entièrement favorable. La plus grande perturbation serait jetée dans le commerce des con-

(1) Cass., 25 mai 1841. Sirey, 41, 1, 497.

trats, si la loi exigeait, pour la libération du débiteur, plus qu'un payement fait de bonne foi au titre même qui constitue la dette. Aussi, l'article 1240 dispose-t-il que le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

Tels sont, par exemple, l'héritier apparent qui, plus tard, est exclu de l'hérédité par un héritier plus proche, ou par un héritier testamentaire (1);

L'héritier qui se fait relever de son acceptation de la succession, conformément à l'article 783 (2);

Le tiers qui représente frauduleusement, comme sien, un mandat perdu par le véritable mandataire, ou qui a été soustrait à ce dernier;

Le possesseur, de bonne ou de mauvaise foi, qui se comporte en propriétaire apparent, en ce qui concerne les fruits, rentes ou fermages, mais seulement ceux dont il est créancier putatif, et en vertu d'actes qui lui sont personnels (3);

Le délégataire ou le cessionnaire dont l'acte de délégation ou de cession est, par la suite, rescindé, résolu ou annulé (4);

Le dépositaire à qui les titres de créance ont été remis en garde, et qui est tenu de les restituer.

Tel est encore le cas où un cessionnaire a reçu de bonne foi, avant même toute notification du transport, des débiteurs cédés, tout ou partie des sommes par eux dues, alors que, plus tard, la nullité de la cession vient à être prononcée, par exemple, parce que la notification en a eu lieu seulement après la déclaration de la faillite du cédant. Les débiteurs cédés se trouvent alors valablement libérés, tant à l'égard du cédant qu'à l'égard des tiers, des sommes par eux payées; et le ces-

(1) Duranton, t. 12, nº 70. — Merlin, Quest., vº *Héritier*, § 3. — Zachariæ, t. 2, p. 358, 1re édit., et t. 4, p. 155, 4e édit. — Pothier, *Oblig.*, nº 467. — Toullier, t. 7, nºs 26 et 27.

(2) Duranton, t. 12, nº 69.

(3) Pothier, *Oblig.*, nº 467, — Toullier, t. 7, nº 26.

(4) Cass., 19 mai 1835. Dalloz, 35, 1, 308.

sionnaire qui les a reçues n'est pas même tenu de les restituer (1). C'est que les payements effectués valent, quant aux sommes payées, acceptation du transport, quoiqu'il ne soit pas signifié, et que la faillite, de même qu'une saisie-arrêt, ne fait point rétracter les payements antérieurs au jugement qui la déclare, lesquels demeurent acquis, en conséquence, au cessionnaire de bonne foi.

Tel est enfin le tiers auquel une somme a été attribuée par jugement, même susceptible de recours, et entre les mains de qui une ordonnance de référé enjoint au dépositaire de la verser directement, sous peine d'y être contraint par les voies de droit (2).

2. La loi n'exige la condition de bonne foi que de la part du débiteur qui paye. Il est donc indifférent que le possesseur de la créance soit lui-même de bonne ou de mauvaise foi. Il suffit que le débiteur paye dans l'ignorance des vices de sa possession. Le payement est valable à son égard, sauf le recours du créancier contre celui qui a reçu.

Mais le tiers porteur d'un faux acte de cession ne saurait être considéré comme étant en possession de la créance, de manière que le payement fait de bonne foi entre ses mains libérât le débiteur à l'égard du créancier. Il est vrai que, pour faciliter la circulation des effets de commerce, l'article 145, C. comm., porte que celui qui paye une lettre de change ou un billet à ordre (187 C. comm.), à son échéance et sans opposition, est valablement libéré. Mais cette disposition, spéciale aux créances commerciales, ne saurait être étendue aux créances civiles, qui ne sont pas transmissibles par voie de simple endossement. Le débiteur qui aurait payé de bonne foi entre les mains d'un tiers porteur d'un faux acte de cession, ne serait donc pas valablement libéré, et pourrait être

(1) Cass., 4 janv. 1847. Sirey, 47, 1, 161. — 9 mars 1864. Sirey, 64, 1, 185.
(2) Cass., 23 déc. 1867. Sirey, 68, 1, 57.

poursuivi en payement par le véritable créancier. Ce dernier, n'ayant commis aucune faute, aucune négligence, ne saurait être rendu victime de la fraude d'un faussaire.

Mais si le faux acte de cession était le résultat de l'abus d'un blanc-seing, comme alors le créancier a commis une faute en remettant sa signature, et qu'il doit en être responsable, le débiteur en payant le tiers-possesseur de la créance est régulièrement libéré.

D'autre part, si le porteur d'un faux acte de cession était en même temps possesseur des titres qui établissent la créance, et que le créancier eût, à cet égard, à s'imputer quelque imprudence, quelque négligence, le payement fait de bonne foi par le débiteur devrait être déclaré valable.

3. Posséder une créance, ce n'est pas seulement posséder l'acte matériel qui la constate. On la possède également, bien qu'elle ne soit constatée par aucun acte, quand on est investi d'un titre ou d'une qualité qui confèrent, par eux-mêmes, le droit d'en poursuivre ou d'en recevoir le payement (1). Autrement, l'article 1240 ne serait applicable qu'à celles des créances qui sont établies par actes, et sont, par là, susceptibles d'une sorte de possession matérielle.

4. Alors même que l'acte qui constate une créance ne se trouve pas dans les mains de celui qui se présente comme en ayant la possession, le débiteur est libéré en payant de bonne foi. Mais cette circonstance, que le possesseur de la créance ne représente pas le titre qui l'établit, peut, suivant les circonstances, mettre en suspicion la bonne foi du débiteur, et invalider, par suite, le payement qu'il a effectué. Il peut alors être constitué en une faute voisine de la mauvaise foi, pour ne pas avoir approfondi la légitimité des droits prétendus, et pour avoir payé avec une légèreté inexcusable entre les mains du soi-disant créancier.

(1) Cass., 23 mars 1864. Sirey, 64, 1, 181.

5. Si le payement fait de bonne foi au possesseur de la créance est valable à l'égard du débiteur, ce n'est pas, en effet, que ce dernier ne puisse exiger du prétendu créancier la justification de la légitimité de sa possession. Car il a intérêt à payer le plus sûrement possible, parce que sa bonne foi peut être attaquée et méconnue (1).

Tel est le cas où un héritier pour portion seulement, mais en possession du titre total, demande le payement de la créance entière; où une caution pour partie seulement, et mise, plus tard, en possession du titre, prétend exercer pour le tout son recours contre le débiteur, soit comme légalement subrogée pour une portion, soit comme *negotiorum gestor* pour le surplus. Le débiteur est en droit de demander qu'elle établisse, pour la portion qu'elle n'a pas cautionnée, le payement qu'elle allègue, autrement que par la seule possession du titre, soit par une quittance du créancier, soit par une reconnaissance de ses consorts.

6. L'article 1240 n'est pas applicable au tiers qui, sans y être intéressé, acquitte volontairement la dette au nom et en l'acquit du débiteur, ou en son nom personnel et avec subrogation. S'il a un recours à exercer, c'est seulement contre celui qui a reçu, et non contre le débiteur qui n'a tiré aucun profit du payement, puisqu'il est toujours obligé envers le créancier véritable.

Cependant, si le débiteur avait, de bonne foi, remboursé le tiers qui a payé pour lui, il serait, de ce moment-là, valablement libéré à l'égard du créancier, comme il le serait s'il avait payé directement le possesseur même de la créance.

7. Il ne suffit pas toujours, pour se libérer valablement, de payer entre les mains de celui qui est en possession de la créance. Ainsi, la caution qui aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, n'aura point de

(1) Cass., 27 janvier 1862. Sirey, 62, 1, 588.

recours contre lui dans le cas où, au moment du payement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte, sauf son action en répétition contre le créancier (2031). C'est que la caution, bien qu'elle paye entre les mains du créancier en possession de la créance, doit avertir le débiteur principal, pour qu'il paye ou justifie de l'extinction de la dette.

8. Par son texte comme par son esprit, l'article 1240 ne s'applique qu'au cas d'un payement réel. Ainsi, il est inapplicable lorsque le débiteur, sans opérer aucun payement proprement dit, pactise sur sa dette avec le propriétaire apparent de la créance, en faisant, par exemple, une novation, ou en obtenant une remise totale ou partielle. Ces actes ne peuvent être opposés au véritable créancier qui, plus tard, réclame payement.

Mais, si le débiteur avait payé de bonne foi ce qui était dû d'après la novation opérée, ou effectué une compensation facultative, qui équivaut à un payement réel, l'article 1240 devrait alors recevoir son entière application. Le débiteur serait libéré.

Le cessionnaire, même de bonne foi, ne saurait opposer au véritable créancier le transport qui lui en a été fait par le possesseur apparent de la créance. Il peut en être évincé par le vrai propriétaire. Mais, si le débiteur a payé de bonne foi entre ses mains, il est libéré valablement.

9. Il est enfin indifférent que le payement ait eu lieu par anticipation ou seulement à l'échéance. Il est valable, à la seule condition qu'il ait été effectué de bonne foi.

Il importe même peu qu'il soit constaté par un acte ayant ou non date certaine, antérieure à l'éviction du propriétaire apparent de la créance. Le véritable créancier n'a, pour infirmer le payement qu'on lui oppose, qu'à prouver la fraude et le dol, ou plutôt, que le débiteur ne justifie pas pleinement de sa bonne foi. C'est, en effet, à ce dernier qu'incombe la charge d'établir qu'il a payé de bonne foi, puisque sans cela le

payement fait à un tiers non créancier et sans qualité pour recevoir, ne saurait être valable. Il doit donc prouver, par les circonstances de la cause, qu'il a payé de bonne foi. C'est là une exception qu'il doit établir, y étant demandeur. Mais une présomption de bonne foi résultera en sa faveur de la preuve même que le tiers était en possession de la créance.

10. Le principe que nous venons de développer en ce qui concerne la nécessité de cette bonne foi de la part du débiteur, a été consacré par une série d'arrêts rendus les mêmes jours (1) par la Cour de cassation dans des espèces remarquables. Plusieurs compagnies et sociétés avaient été forcées par la commune insurrectionnelle de Paris, du 18 mars 1871, de payer entre les mains de ses agents et préposés les impôts auxquelles elles sont assujetties. Poursuivies plus tard par le gouvernement légal en payement de ces mêmes impôts, elles se prétendaient légalement libérées par application de l'article 1240, Code civil. Mais ces prétentions avaient été repoussées, et la Cour de cassation a ainsi motivé, sur ce chef, le rejet de leur pourvoi : « Le titre de l'État pour la perception de l'impôt est dans la loi. La détention des registres de l'enregistrement qu'auraient eue les agents de la commune ne saurait constituer la possession de la créance. D'un autre côté, il résulte des constatations du jugement attaqué que la partie demanderesse savait que les préposés de la commune n'avaient ni qualité, ni autorité pour percevoir l'impôt. Dès lors la partie demanderesse ne saurait être censée avoir payé de bonne foi. La violence dont elle aurait été l'objet et à laquelle elle aurait cédé, peut être l'occasion d'une demande en dommages intérêts contre les auteurs de la violence ou de tout autre recours; mais elle ne saurait avoir pour effet de suppléer à la bonne foi exigée de la part de celui qui paye, pour valider le payement. »

La même règle évidemment s'applique au payement que

(1) 27 nov, et 31 déc. 1872. Sirey, 73, 1, 259.

tout débiteur serait contraint de faire entre les mains de brigands qui se seraient violemment emparés du bien d'autrui. Le créancier conserve tous ses droits, et le débiteur, à défaut de bonne foi, n'est pas libéré.

Article 1241.

Le payement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier.

Sommaire.

1. L'article 1241 contient l'application d'un principe général.
2. En quels cas le payement fait à un incapable devient valable?

COMMENTAIRE.

1. L'article 1241 contient l'application, au cas spécial d'un payement reçu par un incapable, des principes généraux qui règlent le sort des engagements qu'il a contractés (1312, 1926, 1990).

En principe, le payement fait au créancier n'est point valable, s'il était incapable de le recevoir. Il ne libère point le débiteur qui peut, en conséquence, être poursuivi en nouveau payement. Car, qui paye mal, paye deux fois (1).

C'est donc à lui de s'assurer et de s'enquérir de la capacité de son créancier, de le faire habiliter s'il est incapable, sinon de consigner après offres régulières.

2. Cependant, comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, le payement est valable, si le débiteur prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (1241). Cette exception est encore l'application des principes généraux du droit.

(1) Loisel, *Instit.*, liv. 4, tit. 6, n° 4.

Si le créancier n'en avait profité qu'en partie, le payement vaudrait jusqu'à due concurrence.

Le payement devient encore valable, si l'incapable l'a confirmé ou ratifié plus tard en état de capacité, d'une manière expresse ou tacite (1311, 1338).

Le payement fait à un incapable devient enfin valable, lorsqu'il est ratifié par celui à qui il devait être fait, ou sous l'autorisation et avec l'assistance duquel il devait être effectué entre les mains de l'incapable. Ainsi, la ratification, l'approbation donnée plus tard par le mari, le tuteur, le curateur, valide le payement fait à la femme, au mineur, à l'interdit, au mineur émancipé. Il est censé, dès lors, régulièrement effectué dès le principe.

Mais il faut remarquer que cette ratification ne peut utilement et légalement intervenir que durant la minorité ou le mariage. Car, plus tard, elle émanerait de personnes destituées de tout pouvoir à cet effet.

Nous renvoyons, au surplus, à l'article 1312, où nous entrons dans de plus longs développements.

Article 1242.

Le payement fait par le débiteur à son créancier au préjudice d'une saisie ou d'une opposition n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants; ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier.

Sommaire.

1. On ne peut payer valablement au préjudice d'une saisie-arrêt,
2. Pourvu qu'elle soit régulière.
3. Suite.
4. Le créancier ne peut même exiger ce qui excède les causes des saisies-arrêts.
5. Mais il peut exiger que le tiers-saisi paye les saisissants.

6. Ou consigne à la charge des oppositions.
7. *Quid*, si la saisie est susceptible d'être annulée?
8. Le débiteur doit payer le cessionnaire régulièrement saisi avant les oppositions. Distinction.
9. Les opposants peuvent exiger un nouveau payement.
10. Recours du débiteur contre le créancier.
11. Si les saisissants n'exigent pas un nouveau payement, le débiteur en profite.
12. *Quid*, s'il a payé entre les mains de l'un des saisissants?
13. Du cas où le débiteur paye au créancier ce qui excède les causes des saisies, de nouvelles saisies survenant.
14. Il peut valablement payer après attribution des sommes arrêtées,
15. Ou tous les saisissants avant toute attribution.
16. Il convient, dans le calcul de l'indemnité, de considérer les causes de préférence.
17. Concours de cessions et de saisies-arrêts.
18. *Quid*, si le débiteur paye un créancier préférable aux opposants?

COMMENTAIRE.

1. Nous avons jusque-là examiné la question de la validité du payement dans les rapports mutuels du créancier et du débiteur. Nous l'examinons ici dans leurs rapports avec les tiers étrangers. Un payement, d'ailleurs valable entre le débiteur et le créancier, ne peut leur nuire, non plus qu'une convention. Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt ou d'une opposition, n'est donc pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants (1242).

Remarquez que la loi dit seulement que le payement n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants. Mais il est valable entre le créancier et le débiteur.

2. Pour qu'une saisie-arrêt ou opposition empêche le débiteur tiers-saisi de se libérer valablement à l'égard de ceux qui l'ont pratiquée, il faut qu'elle soit régulièrement formée. Si la chose due ne pouvait être frappée de saisie-arrêt ou d'opposition; si les formalités exigées par la loi n'avaient pas été accomplies; si la poursuite avait été exercée sans droit et sans cause légitime de la part du créancier, le débiteur tiers-

saisi pourrait payer valablement entre les mains du créancier. Et si, plus tard, les créanciers saisissants ou opposants prétendaient se prévaloir de leur saisie-arrêt ou opposition, il pourrait, comme le saisi lui-même, en opposer la nullité qui, une fois déclarée, ferait réputer les poursuites non avenues.

3. La saisie-arrêt ou opposition formée entre les mains du tiers-débiteur doit être suivie, dans le délai de huitaine augmentée à raison des distances, d'un acte de dénonciation au saisi, avec assignation en validité (563, C. pr.). Dans un pareil délai, à compter de la demande en validité, le saisissant doit dénoncer cette demande au tiers-saisi (564, C. pr.). Faute de demande en validité, la saisie ou opposition sera nulle; faute de dénonciation de cette demande au tiers-saisi, les payements par lui faits jusqu'à la dénonciation seront valables (565, C. pr.). Ainsi, le défaut de dénonciation n'entraîne pas la nullité de la saisie, à la différence du défaut d'assignation en validité. Mais il valide les payements effectués par le tiers-saisi, alors même qu'ils auraient été faits avant l'expiration du délai dans lequel la demande en validité devait lui être dénoncée.

Mais, si cette dénonciation a lieu dans le délai légal, les payements faits par le tiers-saisi dans ce même délai, ne sont pas valables à l'égard des saisissants ou opposants. Car ce délai leur appartient tout entier pour accomplir ces formalités légales, et le tiers-saisi ayant été touché déjà par l'acte d'opposition qui ouvre la poursuite, payerait ainsi au préjudice d'une saisie-arrêt ou opposition régulièrement formée (1).

4. De ce que les payements faits par lui ne sont pas libératoires, dans le cas d'une saisie-arrêt ou opposition régulièrement pratiquée, il suit que le créancier saisi ne peut le poursuivre en payement, même de ce qui excède sur le montant de la créance arrêtée, les causes de la saisie ou opposition. La créance une fois arrêtée se trouve, en effet, placée en

(1) Carré, *Quest.* 1948.

totalité, quoique ce soit dans l'intérêt seul du saisissant, sous la main de la justice, et de nouvelles saisies-arrêts peuvent incessamment intervenir en concurrence avec les premières.

Or ces nouvelles saisies diminuant d'autant, par leur concours, le dividende des premiers saisissants, sur la somme qu'ils ont arrêtée à concurrence de leurs créances respectives, le débiteur, s'il payait une portion quelconque au créancier, serait exposé à un recours de leur part, à raison du préjudice que son payement leur aurait causé. Il peut sans doute payer volontairement cet excédant, ainsi que nous le verrons, en prenant à ses risques l'indemnité qu'il peut avoir à payer aux premiers saisissants, s'il survient de nouvelles saisies. Mais de ce qu'il peut payer volontairement, on n'en saurait conclure qu'il puisse y être forcé. Comme il ne paye jamais cet excédant qu'à ses risques et périls, et sans une sécurité entière contre tout recours, il ne peut y être contraint.

5. Nous pensons, cependant, que le créancier saisi peut demander que le débiteur tiers-saisi soit tenu de désintéresser le saisissant, ou de lui payer à lui-même, pour être employée sous sa surveillance à l'extinction des causes de la saisie, la somme nécessaire à cet effet. Car le débiteur tiers-saisi, en payant dans ces circonstances, éteint les causes de la saisie, et en procure la mainlevée au créancier, qui peut dès lors valablement recevoir le payement du surplus devenu disponible.

6. Le créancier saisi pourra encore demander, soit par citation directe, soit par conclusions prises sur l'opposition du tiers-saisi à ses poursuites, que ce dernier soit condamné à consigner les sommes par lui dues, les saisies ou oppositions demeurant en état. Le tiers-saisi ne peut sans injustice et sans mauvaise foi se soustraire à cette consignation; car elle est pour lui un mode régulier de libération assurée, le point principal pour lui étant de se libérer valablement.

D'un autre côté, le créancier saisi peut avoir intérêt à met-

tre en sûreté, dans un caisse publique, les sommes qui lui sont dues. La consignation aura enfin cet important résultat, de déjouer les fraudes, malheureusement si communes de la part de débiteurs gênés ou de mauvaise foi, qui font pratiquer sur eux-mêmes, par des compères complaisants et pour des sommes énormes, des saisies-arrêts le plus souvent sans cause, dont ils se prévalent ensuite pour ne pas payer. La consignation ne fera pas, sans doute, que le créancier puisse recevoir avant la mainlevée des oppositions; mais du moins, en forçant le débiteur à payer, elle supprimera l'intérêt de chicanes injustes et frauduleuses.

En somme, le créancier saisi peut forcer le tiers-saisi à payer dans les mains du saisissant, s'il n'existe point d'ailleurs d'obstacles au payement, ou de consigner à la charge des oppositions (1).

Quoi qu'il en soit, il peut faire tous les actes conservatoires; et, si leur omission lui cause préjudice, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même.

7. Dans le cas où les saisies-arrêts seraient susceptibles d'être annulées pour vices de fond ou de forme, par exemple, pour défaut de demande en validité adressée au saisi, ou de dénonciation de cette même demande adressée au tiers-saisi, nous croyons que le saisi ne pourrait, sous prétexte que les saisies-arrêts sont nulles, exiger payement du débiteur tiers-saisi. Ce dernier ne saurait, en effet, avec sécurité, se constituer juge de la validité des saisies-arrêts formées entre ses mains. Comme il ne peut payer sûrement que sur la mainlevée des poursuites, c'est au créancier saisi, qui veut être payé, à faire juger, contradictoirement avec les saisissants, que les saisies sont nulles, et à rapporter le jugement qui en prononce la nullité. Car il est demandeur, et il doit, à ce titre, commencer par justifier de la légalité de sa demande.

(1) Cass., 9 déc. 1867. Sirey, 67, 1, 20.

Telle nous paraît être la règle générale; mais nous n'entendons point la poser d'une manière absolue. Si, en effet, la nullité de la saisie-arrêt est manifeste, évidente, incontestable, le tiers-saisi peut être alors contraint de payer par le créancier saisi, bien qu'il ne rapporte par la mainlevée de l'opposition. Le refus du tiers-saisi ne peut être considéré, dans ce cas, que comme une chicane de mauvaise foi ou de mauvaise humeur, du moment qu'il peut visiblement et incontestablement payer en toute sécurité. Quelle sécurité pourrait lui procurer de plus la mainlevée de la saisie, quand la nullité en est flagrante?

Tel serait le cas où il n'existerait ni demande en validité, ni dénonciation de cette demande (1). Le débiteur excepterait vainement, pour se dispenser de payer, de l'existence d'une saisie-arrêt qui, frappée d'une nullité évidente, ne s'oppose nullement à ce qu'il fasse un payement valable. Il ne justifie point, en un mot, de l'exception en laquelle il est demandeur.

Cependant, si les causes prétendues de nullité de la saisie-arrêt étaient de nature à donner lieu à un débat quelque peu sérieux, dont l'issue pût être quelque peu douteuse et incertaine, il conviendrait alors de rentrer dans l'application rigoureuse du principe. Le débiteur ne pourrait être contraint de payer avant que le créancier n'eût fait prononcer la nullité de la saisie, et n'en rapportât la mainlevée.

En résumé, cette question est subordonnée aux circonstances dont les juges doivent demeurer les appréciateurs, sans cesser, toutefois, de se rappeler que le débiteur n'est tenu de payer que moyennant les sûretés les plus complètes.

8. Le débiteur ne peut refuser de payer le cessionnaire légalement saisi de la créance par une acceptation ou une notification régulière, en se fondant sur l'existence de saisies-

(1) CARRÉ, *Quest.* 1949. — PIGEAU, t. 2, p. 55 et 58. — Cass., 4 fév. 1834. DALLOZ, 34, 1, 150.

arrêts postérieures, pratiquées entre ses mains du chef du cédant. Par l'acceptation ou la notification de la cession, le cessionnaire est, en effet, devenu seul propriétaire de la créance, et le cédant a cessé de l'être. Les créanciers de ce dernier ne peuvent donc utilement frapper d'oppositions une créance qui a cessé d'appartenir à leur débiteur. Le payement fait par le débiteur cédé entre les mains du cessionnaire ne se fera donc pas au préjudice des saisies-arrêts, puisqu'elles sont déjà primées par une cession parfaite. L'article 1242 est, par suite, inapplicable.

Le tiers-saisi qui, par l'effet de la cession, ne doit plus rien au saisi, n'a qu'à faire une déclaration négative, à l'égard du saisi. Or, cette déclaration négative ne saurait avoir pour effet de l'empêcher de payer au cessionnaire ce qu'il ne peut s'empêcher, en la faisant, de reconnaître lui devoir.

Prétendrait-il que les saisies-arrêts, en concours avec la cession, rendent indispensable de juger d'abord la question de la propriété de la créance entre les opposants et le cessionnaire ; qu'il ne peut prendre sur lui de décider cette question ; qu'il est prêt, d'ailleurs, à payer à qui par justice il sera ordonné ; que le cessionnaire poursuivant doit, dès lors, appeler les saisissants en cause, pour faire décider avec eux et par jugement commun, cette question de propriété? Nous remarquons d'abord que ce ne serait, après tout, qu'un motif de sursis, et non une cause de rejet de la demande en payement. Mais il convient de faire ici une distinction.

Si les opposants ont expressément argué, dans leurs saisies-arrêts, la cession antérieure de fraude et de simulation ; si, sur la déclaration du tiers-saisi, ils ont attaqué cette cession comme frauduleuse et simulée ; s'ils ont saisi expressément, nonobstant cette cession, de telle sorte que, de leurs actes, on doive présumer qu'ils entendent l'attaquer et en poursuivre l'annulation ; dans ce cas, le tiers-saisi peut fonder son opposition aux poursuites et son refus de payement sur l'existence de ces saisies-arrêts. C'est qu'alors elles ne constituent pas

seulement une opposition à ce qu'il paye entre les mains du cédant, mais encore à ce qu'il paye entre les mains du cessionnaire. La question de propriété est ainsi soulevée; et le cessionnaire sur lequel réagit l'opposition doit la faire vider, et, pour cela, appeler en cause les opposants, afin qu'il soit rendu un jugement commun qui décide à qui appartient la créance, et à qui le payement doit être fait.

Mais, si les opposants n'ont point manifesté l'intention d'attaquer la cession, le tiers-saisi ne peut exciper des saisies-arrêts pour refuser de payer le cessionnaire. Car s'ils se sont opposés à ce qu'il se libère entre les mains du cédant, leur débiteur, ils ne se sont pas opposés à ce qu'il paye entre celles du cessionnaire qui les a devancés. Si donc il prétend qu'ils peuvent attaquer cette cession, il se prévaut du droit des tiers; et, ce qu'il y a de plus fort, il s'en prévaut alors même que rien n'indique qu'ils entendent l'exercer.

En définitive, que veut-il? Payer valablement. Or, le payement qu'il fera entre les mains du cessionnaire sera valable. Donc, il est sans intérêt. Si même, plus tard, les opposants font décider que la cession est frauduleuse, simulée, ils ne le feront pas payer deux fois, parce que, comme débiteur cédé, il aura payé de bonne foi le possesseur de la créance. Ils auront seulement un recours à exercer contre le cessionnaire, qui aura reçu à leur préjudice.

9. Si le débiteur paye son créancier au préjudice d'une saisie-arrêt ou opposition régulièrement formée, il s'expose à payer deux fois. Car les créanciers saisissants ou opposants peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier (1242).

Ainsi, une créance de mille francs est frappée de quatre saisies-arrêts de cinq cents francs chacune. Le débiteur, au mépris de ces saisies, paye le créancier saisi. Chacun des saisissants pourra le contraindre à lui payer de nouveau, selon

son droit, la somme qui lui serait revenue dans la distribution, c'est-à-dire deux cent cinquante francs; et, en recevant cette somme, il sera parfaitement indemnisé. Le nouveau payement auquel le débiteur peut être contraint par les créanciers saisissants, n'est, en effet, que l'indemnité du préjudice causé. Aussi, l'action ne se donne-t-elle que jusqu'à concurrence de la somme qu'ils auraient touchée dans la distribution des sommes arrêtées.

10. Quant au débiteur, s'il fait un nouveau payement, et, en ce cas seulement, il a un recours contre le créancier qui a été déjà payé, et jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu.

11. Si l'un ou plusieurs des créanciers saisissants n'exigeaient pas, selon leurs droits, un nouveau payement de la part du débiteur, les sommes qu'ils auraient pu exiger n'accroîtraient pas aux autres saisissants. Le débiteur profiterait seul de leur inaction. Ainsi, pour rentrer dans l'exemple que nous avons posé, si l'un des saisissants ne réclame pas les deux cent cinquante francs qu'il peut exiger, le débiteur n'en devra ni plus ni moins les sept cent cinquante francs revenant aux trois autres. Car ceux-ci n'ont jamais eu droit dans la distribution qu'à cette somme, et, en la touchant, ils reçoivent toute l'indemnité qui leur est due.

Que si, au moment de la distribution, la créance d'un ou de plusieurs saisissants se trouvait éteinte d'une manière quelconque, cette extinction profiterait aux autres. La somme à distribuer restant la même, et les créances produites diminuant, la part de chacun s'accroît en proportion. Dès lors, l'indemnité qui leur est due est plus considérable, et proportionnée à la somme qu'ils auraient dû recevoir dans la distribution.

12. Si le débiteur, au lieu de payer entre les mains du créancier, payait entre les mains de l'un des saisissants, avec ou sans subrogation, il ne devrait jamais aux autres saisis-

sants que ce qu'ils auraient eu dans la distribution, et il serait fondé à retenir la part de celui qu'il a remboursé.

Dans le cas où il n'aurait fait qu'un payement partiel à l'un des saisissants, cet à-compte devrait être imputé sur ce que celui-ci aurait eu dans la distribution. Et, si la somme payée excédait sa part dans la distribution, calculée au prorata de sa créance intégrale, le débiteur devrait payer de nouveau cet excédant aux autres créanciers. Car il n'y a que cela de mal payé. Mais, dans tous les cas, il n'a d'action en répétition que contre son créancier, et non contre le créancier saisissant qui a reçu (1).

13. Un débiteur garde en mains une somme suffisante pour faire face aux causes d'une saisie existante, et paye volontairement le surplus à son créancier. De nouvelles saisies peuvent survenir; car la première saisie a placé toute la créance sous la main de la justice. S'il n'en survient pas, le débiteur se trouve, par l'événement, avoir bien payé, ou plutôt n'avoir pas mal payé, puisqu'il n'a personne à indemniser.

Mais, s'il survient de nouvelles saisies avant que les sommes arrêtées aient été définitivement acquises et attribuées au saisissant antérieur, comme elles viennent toutes en concurrence sur le gage commun, le payement fait au créancier lui cause un préjudice dont le débiteur doit l'indemniser, en payant de nouveau, selon son droit.

Quant aux saisies postérieures au payement, il ne doit aucune indemnité à ceux qui les ont faites, n'ayant point payé à leur préjudice. Si donc le préjudice causé aux premiers saisissants doit être calculé, à leur égard, sur la somme qu'ils auraient eue dans la distribution opérée entre tous, sans distinction, de la créance entière saisie-arrêtée; au contraire, quant aux saisissants postérieurs au payement, ils ne doivent concourir que sur les sommes restées dues, déduction faite de

(1) Cass., 11 fév. 1867. Sirey, 67, 1, 210.

celles antérieurement payées par le débiteur. Car, pour eux, ce sont les seules saisies-arrêtées. Les actes de poursuites sont tout personnels; chacun saisit pour soi, dans son intérêt et pour sa créance; et, si les premiers saisissants ont arrêté la somme entière, les saisissants postérieurs n'ont arrêté que ce qui restait dû, après un payement qu'ils ne peuvent faire réputer non avenu à leur égard, bien qu'il le soit à l'égard des autres.

Ainsi, supposons une créance de quatre mille francs, frappée d'abord de saisie pour deux mille francs. Le débiteur paye au créancier saisi les deux autres mille francs. Surviennent, après le payement, d'autres saisies pour deux mille francs. Elles concourront avec les premières sur les deux mille francs restés dus et seuls saisissables à leur égard. Il y aura ainsi mille francs pour les premiers, et autant pour les derniers saisissants. Mais, comme les saisissants antérieurs ont frappé de saisie la créance entière de quatre mille francs, et que, dans tous les cas, ils auraient eu deux mille francs dans la distribution, au lieu de mille, le débiteur a mal payé, à leur égard, cette dernière somme, et il doit les indemniser d'autant, sauf son recours contre le créancier qui a reçu (1).

En vain prétendrait-on que le débiteur qui a payé, avant les nouvelles saisies, l'excédant des causes des premières, est affranchi de toute espèce de recours, même de la part des premiers saisissants. En vain dirait-on : les derniers opposants, bien qu'ils soient appelés à concourir dans la distribution des sommes précédemment saisies-arrêtées, jusqu'à concurrence des causes de leurs saisies, doivent cependant, puisqu'ils ont laissé enlever une partie du gage commun, souffrir que les premiers saisissants prennent, sur les sommes restées aux mains du tiers-saisi, toute la somme qui leur serait revenue dans la distribution de la créance entière.

Ce système aboutit à ceci : c'est que, d'une part, les derniers

(1) Marcadé, art. 1242, n° 2.

saisissants ne peuvent rechercher le tiers-saisi pour le payement qu'il a fait, parce qu'il est antérieur à leurs oppositions, et, d'autre part, les premiers saisissants ne le peuvent non plus, parce qu'ils ont touché tout ce qui leur était dû, et que le payement ne leur cause aucun préjudice (1). Mais nous ne saurions l'admettre, parce qu'aucune disposition de loi n'indique, à peine de forclusion, l'instant où l'on doit saisir; que la saisie est bien venue tant qu'il y a une créance saisissable; que les derniers concourent avec les premiers, sans distinction de dates, sauf, toutefois, qu'à leur égard le montant du gage est diminué par le payement antérieur; parce que, enfin, celui qui est véritablement en faute, c'est le débiteur qui a payé en présence de saisies existantes qui faisaient place à des saisies nouvelles, jusqu'à concurrence des sommes placées par elles sous la main de la justice; c'est le débiteur qui a payé ainsi, à la charge et aux risques d'encourir de nouvelles saisies.

14. Mais, après le jugement qui valide les premières saisies, ou tout acte qui attribue aux premiers opposants la propriété des sommes arrêtées, le débiteur peut valablement payer à son créancier tout ce qui excède les causes des oppositions. Les nouveaux opposants, postérieurs tout à la fois au jugement qui consacre les droits des premiers, et au payement fait par le débiteur, ne peuvent exiger un nouveau payement. Car leurs oppositions ne trouvent plus rien à saisir-arrêter, et rien n'a été payé à leur préjudice, puisque, au moment du payement de l'excédant disponible, elles n'existaient pas.

15. Le débiteur qui a commis la faute de payer, nonobstant des saisies-arrêts existantes, peut encore, pour prévenir de nouvelles saisies qui aggraveraient sa situation, payer les premiers saisissants, avant le jugement qui valide leurs oppositions. Leurs saisies tombent alors de droit, puisque les causes

(1) Caen, 16 fév. 1846. Sirey, 46, 2, 456.

en sont éteintes. De nouvelles saisies auront beau intervenir; le payement fait antérieurement par le débiteur ne l'a pas été à leur préjudice, puisqu'il l'a effectué après avoir obtenu de droit mainlevée des premières saisies, en payant et en désintéressant ceux qui les avaient pratiquées.

16. Quoi qu'il en soit, il convient, dans le calcul du préjudice causé aux créanciers opposants par un payement inopportun, de faire attention aux causes de préférence qui peuvent exister en faveur de telle ou telle créance. Car les créanciers privilégiés, par la nature même de leurs droits, auront éprouvé un préjudice plus considérable que les autres, qui pourront, même, en ne recevant rien, n'éprouver aucun dommage, parce qu'ils ne devaient, dans tous les cas, rien recevoir du tout.

17. Nous avons mis jusque-là le débiteur qui a mal payé, en face de créanciers saisissants ou opposants. Nous allons maintenant faire intervenir un cessionnaire de la créance saisie-arrêtée, et apprécier, dans cette nouvelle hypothèse, les conséquences du payement fait par le débiteur, soit aux saisissants, soit au créancier, soit au cessionnaire régulièrement saisi.

Cette question se résume dans celle de savoir quels sont les droits d'un cessionnaire en concours avec des créanciers saisissants ou opposants. Car, du moment que nous aurons déterminé l'étendue des droits des uns et des autres, nous aurons, par cela même, donné la mesure du préjudice qui leur aura été causé par un payement irrégulier, et conséquemment celle de l'indemnité qu'ils auront droit de réclamer contre le débiteur tiers-saisi.

La solution de cette question repose sur divers principes que nous devons résumer.

Une cession, une délégation faite après une saisie-arrêt vaut elle-même opposition, à l'égard du saisissant antérieur, et donne au cessionnaire le droit de concourir avec lui dans la distribution des sommes arrêtées, dans la proportion de la

somme qui lui a été cédée ou déléguée, et dont il est régulièrement saisi (1).

Mais il en est autrement à l'égard des saisies-arrêts postérieures à la cession, ou à la délégation dûment signifiée ou acceptée.

D'une part, en effet, la créance déjà atteinte de saisie-arrêt ou d'opposition, n'est frappée que d'indisponibilité relative, en ce qui concerne les intérêts et les droits du saisissant. A l'égard de ceux qui n'ont encore pratiqué aucune opposition, elle est complètement disponible. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 1242, qui déclare le payement fait par le débiteur, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, non valable seulement à l'égard des créanciers saisissants ou opposants. Il en résulte que la cession, acceptée ou signifiée régulièrement, opère saisine de la créance cédée au profit du cessionnaire, à l'encontre des oppositions ultérieures (2), et qu'elle ne concourt pas avec elles, comme cela serait, si elle ne produisait que les simples effets d'une opposition ordinaire. Le cessionnaire, sauf les droits acquis au saisissant antérieur, est, à l'égard des autres, saisi de la propriété de la créance cédée, puisque les saisies-arrêts n'ont pas fait obstable à ce que le débiteur saisi cédât partie de sa créance frappée d'opposition, sauf tous débats entre les saisissants et le cessionnaire, sur l'étendue de leurs droits respectifs sur les sommes arrêtées et cédées (3).

D'autre part, le premier saisissant n'a acquis sur les sommes

(1) Duranton, t. 16, n° 500. — Troplong, *Vente*, n° 926. — Toullier, t. 7, n° 285. — Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 201. — Zachariæ, t. 2, p. 556, 1re édit., et t. 4, p. 435, 4e édit.

(2) Troplong, *Vente*, n° 927. — Duranton, t. 16, n° 501. — Duvergier, *Vente*, t. 2, nos 201-202. — Zachariæ, t. 2, p. 556, nte 17, 1re édit., et t. 4, p. 436, 4e édit. — Orléans, 11 mai 1859. Sirey, 59, 2, 534. — Bourges, 24 nov. 1865. Sirey, 66, 2, 44. — Cass., 25 août 1869. Sirey, 69, 1, 424. — Caen, 15 mai 1871. Sirey, 71, 2, 247.

(3) Cass., 3 déc. 1851. Sirey, 52, 1, 241.

frappées d'opposition aucun droit exclusif, aucune préférence même, par cela seul que ses poursuites sont antérieures. Il viendra donc, sans distinction de date entre les saisies, en concurrence avec les saisissants postérieurs, dans la distribution des sommes que sa saisie a placées sous la main de la justice. Ces derniers conserveront même leurs droits sur la somme ainsi frappée d'indisponibilité par une première saisie, antérieure à la signification du transport, nonobstant la mainlevée que le premier saisissant donnerait ensuite de son opposition. Cette somme reste le gage commun de tous les créanciers, pour être entre eux l'objet d'une distribution, sauf l'exercice des priviléges (1). Mais cette distribution, en ce qui concerne les saisissants postérieurs, ne doit pas comprendre la totalité de la créance arrêtée. Elle ne doit porter que sur la portion qui avait été l'objet d'une première saisie. Car, pour le surplus, la cession en a transféré la propriété au cessionnaire, avec une efficacité complète à leur égard. La répartition ne doit donc pas se faire de la créance entière entre le cessionnaire, les saisissants antérieurs et postérieurs, comme s'il n'y avait que des saisies-arrêts. Ce serait refuser à la cession son efficacité relative, et en méconnaître la portée.

Ainsi, les droits du cessionnaire varient suivant qu'on le met en présence du saisissant antérieur ou du saisissant postérieur. A l'égard du premier, sa cession vaut saisie, et, à l'égard du second, elle vaut comme transport de propriété.

Quant à la somme qu'il s'agit de distribuer, elle varie de même, suivant qu'il s'agit de déterminer les droits des uns ou des autres. A l'égard du premier saisissant, la répartition doit comprendre, abstraction faite de la cession postérieure, toute la somme arrêtée et placée ainsi en totalité, dans l'intérêt du saisissant, sous la main de la justice. Autrement, si on la restreignait aux causes énoncées de la première saisie, le premier saisissant ne recevrait plus qu'une portion moindre; et le

(1) Cass., 8 juin 1852. Sirey, 52, 1, 487.

cessionnaire aurait tout le profit du préjudice qui lui serait causé.

Mais, à l'égard des derniers saisissants, la distribution comprend seulement la portion de créance arrêtée, que le premier saisissant a placée sous la main de la justice jusqu'à concurrence des causes de sa saisie. Cette portion a été régulièrement frappée des saisies postérieures, parce qu'elle était restée le gage commun de tous les créanciers, tant que, par un jugement ou un acte volontaire, elle n'avait pas été acquise et attribuée définitivement aux premiers saisissants. Autrement, il faudrait dire qu'une cession signifiée ou acceptée arrête toutes saisies, et fait considérer comme non avenue toute opposition ultérieure; ce qui est une erreur évidente (1).

Résumons-nous maintenant dans un exemple. Une première saisie a lieu pour quatre mille francs, sur une créance de neuf mille francs. Intervient une cession ou délégation dûment signifiée ou acceptée pour huit mille francs. D'autres saisies sont ensuite pratiquées pour la somme de quatre mille francs. Nous commençons par écarter les secondes saisies, et nous distribuons la créance arrêtée entre le premier saisissant et le cessionnaire qui, par rapport à celui-ci, n'est qu'un saisissant. Le premier aura, pour quatre mille francs, trois mille francs, et le second, pour huit mille francs, six mille francs. Mais les trois mille francs revenant au premier saisissant doivent être, comme également frappés de saisie, distribués entre lui et les derniers saisissants. Il aura donc quinze cents francs, et les autres également quinze cents francs.

Mais la cession n'a pu lui causer préjudice, en enlevant à sa créance une partie du gage qu'il avait pris soin, précédemment, de placer sous la main de la justice. La cession, à son égard, ne vaut que saisie. Pour calculer le préjudice qui lui est causé, il convient donc de déterminer ce qu'il aurait eu si, au lieu d'une cession, il y avait eu une saisie-arrêt. Il aurait

(1) *Contrà*, DUVERGIER, *Vente*, t. 2, n° 202.— DURANTON, t. 16, n° 501.

eu, sur la somme totale de neuf mille francs, pour quatre mille francs, deux mille deux cent cinquante francs. Ne recevant que quinze cents francs, il a droit à une indemnité de sept cent cinquante francs, dont le cessionnaire est tenu envers lui.

En somme, le premier saisissant aura deux mille deux cent cinquante francs;

Le cessionnaire, cinq mille deux cent cinquante francs;

Et les derniers saisissants, quinze cents francs (1).

Ce système d'indemnité est simple et rigoureusement conforme aux véritables principes. Tout autre mode nous semble violer ou négliger l'application de l'une ou même de plusieurs des règles que nous avons posées (2).

Nous disons donc que les saisies postérieures à la cession ou à la délégation acceptée ou signifiée, ne donnent aux saisissants aucun droit sur la portion attribuée, abstraction faite de leurs saisies, au cessionnaire qui concourt, seulement en qualité de saisissant, avec les saisissants antérieurs. Tel est l'effet de la cession ou délégation, et de l'indisponibilité relative des sommes saisies-arrêtées. Mais le cessionnaire sera tenu, sur sa part afférente, d'indemniser les premiers saisissants de la différence qui existera en moins, à leur préjudice, entre la somme qu'ils auront en définitive, et celle qu'ils auraient eue si la créance entière avait été distribuée entre eux, le cessionnaire et les saisissants postérieurs, tous considérés seulement comme saisissants. Telle est la conséquence de l'obligation où sont les premiers saisissants de subir le

(1) Zachariæ, t. 2, p. 537, n[te] 18, 1[re] édit., et t. 4, p. 436, n[te] 44, 4[e] édit. — Paris, 26 juill. 1843. Sirey, 43, 2, 523. — Riom, 23 janvier 1862. Sirey, 62, 2, 530.

(2) Voy. Cass., 26 fév. 1834. Sirey, 35, 1, 222. — Paris, 30 mai 1835. Sirey, 35, 2, 385. — Paris, 9 fév. 1837. Sirey, 37, 2, 262. — Bourges, 3 fév. 1836. Sirey, 37, 2, 5. — Paris, 18 mars 1839. Sirey, 39, 2, 182. — *Contrà,* Guadeloupe, 16 mai 1851. Sirey, 51, 2, 801. — Bourges, 24 nov. 1865. Sirey, 66, 2, 44.

concours des autres sur la portion qui leur a été d'abord attribuée, concurremment avec le cessionnaire.

Si, maintenant, l'on suppose que le débiteur tiers-saisi a fait un payement au préjudice des saisies ou cessions, il sera facile, en déterminant la part que chacun des opposants ou cessionnaires aurait eu à recevoir, de préciser la somme jusqu'à concurrence de laquelle un nouveau payement peut être exigé du débiteur, sauf recours contre le créancier saisi.

18. Le débiteur tiers-saisi peut, néanmoins, valablement payer un créancier autre que l'opposant, pourvu que la créance qu'il paye soit préférable à celle pour laquelle la saisie a eu lieu. En vain le saisissant prétendrait-il que ce payement a pu avoir lieu à son préjudice, puisque l'autre créancier aurait pu ne pas saisir, et laisser ainsi acquérir à lui-même, saisissant, le privilége résultant d'une saisine judiciaire. On peut lui répondre, en effet, que ce créancier préférable, en se faisant payer, prouve assez qu'il était dans l'intention de se mettre en mesure pour conserver ses droits; que toute la question est de savoir si, en droit et en équité, on doit l'astreindre à des formalités dont les frais peuvent absorber la créance, et s'il ne vaut pas mieux tenir pour accomplies, et cela dans l'intérêt de tous, des formalités qu'il manifeste assez l'intention de vouloir accomplir, en cas de besoin.

Ces considérations seront surtout puissantes en sa faveur, dans le cas où il aura été payé avec l'assentiment du saisi (1). Le payement doit alors valoir autant qu'une cession véritable.

Après tout, comme c'est là une question d'indemnité, c'est-à-dire de réparation de préjudice, la solution en demeure subordonnée à l'appréciation des circonstances.

ARTICLE 1243.

Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre

(1) Cass., 29 déc. 1841. SIREY, 42, 1, 213.

chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

Sommaire.

1. Le débiteur doit payer la chose même qui fait l'objet de l'obligation.
2. Le créancier ne peut demander autre chose au débiteur.

COMMENTAIRE.

1. C'est la chose même qui fait l'objet de l'obligation qui doit être l'objet du payement. Le créancier ne peut, en conséquence, être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due (1243) (1).

Ainsi, le débiteur ne peut, malgré le créancier, substituer à une obligation de faire une obligation de donner, ni à une obligation de donner une obligation de faire. Il ne peut davantage remplacer telle obligation de faire ou de donner par une autre.

Il importe même peu que la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande (1243). Le créancier ne peut être contraint à la recevoir. Sa volonté et son droit lui tiennent lieu d'intérêt.

2. Réciproquement, le débiteur n'est pas tenu de payer une autre chose que celle qu'il doit, quoique la valeur de la chose demandée par le créancier soit égale ou même moindre. Le contrat fait la loi des parties, et l'une ne peut le modifier sans le consentement ou contre le gré de l'autre.

Si le débiteur s'est réservé par le contrat, ou si la loi lui réserve cette faculté, c'est une obligation facultative.

Si le créancier accepte, ou si le débiteur paye volontairement une autre chose à la place de celle qui fait l'objet de

(1) L. 2, § 1, *ff. De reb. cred.*

l'obligation, il y a alors une dation en payement, dont nous parlerons en traitant de la novation. Car, dans la dation en payement, *datio in solutum,* il y a toujours une novation expresse ou tacite.

Du reste, il peut résulter de l'appréciation des circonstances, que les parties ont dérogé au principe posé par notre article, par exemple, en recevant tout ou partie d'une chose autre que celle qui faisait le sujet de l'engagement.

Article 1244.

Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible. — Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

Sommaire.

1. Une dette, même divisible, ne peut être payée par parties.
2. Il doit y avoir unité de cause et d'objet,
3. A moins qu'on n'ait fait du tout une obligation unique.
4. La parité d'échéance n'empêche pas que les obligations ne soient distinctes.
5. Peu importe que l'obligation unique embrasse des objets différents.
6. La dette n'est indivisible que pour les portions échues.
7. Dans les obligations périodiques, chaque période constitue une obligation.
8. La diversité de lieux comme d'échéances emporte division.
9. Il faut unité de personne de la part du créancier et du débiteur,
10. Du moins, unité juridique. Exemple.
11. L'indivisibilité s'étend aux accessoires.
12. Exception en cas de demande d'une provision.
13. Exception en cas de contrainte par corps,
14. De compensation, de concordat, de discussion, de purge,
15. De bénéfice de division entre cautions.

16. *Quid,* si les cautions se sont engagées pour une portion de la dette?
17. Suite. Conséquences.
18. Des lettres d'Etat et de répit. Délais de grâce.
19. Règles de conduite des juges.
20. La loi ne fixe point de maximum au délai de grâce.
21. Le délai de grâce ne peut être accordé que pour le payement.
22. L'article 1244 est applicable aux matières de commerce.
23. Peu importe que l'acte ait ou non force exécutoire.
24. A moins qu'il ne s'agisse de l'exécution d'un jugement ou de saisie réelle immobilière.
25. En accordant des délais, le juge peut diviser.
26. Effets du délai de grâce.
27. Il empêche la saisie-arrêt.
28. Le débiteur peut y renoncer d'avance.
29. Quand et comment il doit être accordé.
30. Il peut l'être après jugement prononcé avant l'échéance.
31. Il peut être accordé à la partie défaillante et sans qu'elle le demande.
32. Il s'applique aux accessoires.
33. De quel jour il commence à courir. Distinction.
34. Divers cas de déchéance.
35. *Quid,* si le débiteur laisse échoir un pacte sans payer?
36. Le créancier n'a pas à faire prononcer la déchéance. Elle est personnelle, comme le bénéfice du terme. Conséquences. Solidarité, cautionnement.
37. Tiers intervenant pour payer en l'acquit du débiteur.

COMMENTAIRE.

1. Diviser la dette, c'est la dénaturer; c'est substituer à l'obligation totale et unique autant d'obligations particulières et différentes qu'on a fait de parts égales ou inégales. De même donc que le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due (1243), de même le débiteur ne peut le forcer à recevoir en partie le payement d'une dette même divisible. Telles sont les dispositions formelles de l'article 1244. Déjà l'article 1220 avait dit, en des termes plus énergiques, que l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible.

2. Mais nous devons examiner les différentes conditions et les divers cas de cette indivisibilité.

L'obligation, pour être indivisible, dans le sens de notre article, doit être une; c'est-à-dire qu'il doit y avoir unité de cause et d'objet dans le principe; unité de temps et de lieu, quant au payement; unité de personnes, quant au créancier et au débiteur.

Si la dette, au lieu d'avoir une cause et un objet uniques, était fondée sur des causes diverses, et qu'elle embrassât en même temps des objets de nature différente, elle cesserait d'être indivisible. Car la diversité de cause, jointe à la diversité d'objet, produit nécessairement la division de l'obligation totale en autant d'obligations distinctes et séparées qu'il y a de causes et d'objets différents; de telle sorte que chacune de ces obligations particulières est susceptible d'un payement particulier, mais qui est lui-même indivisible. Il n'y a pas, en effet, une dette, mais plusieurs dettes, à chacune desquelles il convient d'appliquer séparément les règles de payement qui lui sont propres.

Qu'on ait réuni, par exemple, dans un seul et même acte, diverses obligations qui aient pour causes, l'une un prêt, l'autre une vente, celle-ci un bail, celle-là une exécution de mandat; l'unité de l'acte qui les constate et les réunit toutes, ne fait pas qu'il y ait unité de dette, et, conséquemment, qu'il y ait indivisibilité, quoique ces obligations réunies soient toutes exigibles le même jour, dans le même lieu, de la part et à l'égard de la même personne. Chacune d'elles, au contraire, est susceptible d'un payement particulier, sans que le créancier puisse en refuser les offres faites séparément, et sans distinction entre les échéances plus récentes ou plus anciennes. Mais ces offres particulières, pour être elles-mêmes satisfactoires, devront être indivisément de la totalité de la dette.

Et l'on comprend sans peine l'intérêt que présente au débiteur cette divisibilité de payement. Il pourra, en effet, par un payement réel ou par des offres en tenant lieu, se soustraire

aux conséquences du retard et de la mise en demeure, en ce qui concerne telle ou telle obligation qu'il lui importe le plus d'exécuter.

3. Cependant, si, de plusieurs obligations ayant une cause différente ou semblable, les parties avaient entendu ne faire qu'une obligation unique, en les confondant et réunissant toutes, il y aurait alors une dette dont le payement serait indivisible entre le créancier et le débiteur. Tel serait le cas où, sans faire du reste une novation proprement dite, ils auraient, par une sorte de règlement définitif, réuni et accumulé en une seule obligation, diverses obligations, échues ou non, résultant de prêts antérieurs. De particulier et séparé qu'il pouvait être auparavant, le payement de chacune de ces obligations est devenu indivisible, par l'effet de leur réunion en une seule et même dette.

Mais il faut que cette intention de substituer une dette unique à plusieurs, résulte clairement de l'acte. Car, si cette sorte de novation n'était pas suffisamment établie, et qu'il apparût, au contraire, que les parties n'ont entendu faire qu'un acte de simple reconnaissance, ou dresser un état de situation, il y aurait toujours autant d'obligations distinctes susceptibles de payement séparé.

4. La parité d'échéance n'est d'aucune considération, si elle n'est jointe aux conditions d'unité que nous venons de poser. Pour être exigibles le même jour, plusieurs dettes n'en sont pas moins des dettes différentes, dont chacune est régie par le principe d'indivisibilité qui ne saurait s'appliquer à leur réunion. Il est même absolument indifférent que ces obligations, venant à échéance le même jour, unissent à cette parité d'échéance la parité de cause. Car la similitude ne constitue pas l'unité de cause. Ainsi, trois prêts faits séparément le même jour ou à des jours différents, bien qu'ils soient exigibles le même jour, établissent trois obligations distinctes, dont le débiteur peut offrir séparément le payement.

Cette séparation d'obligations est plus sensible, si l'on suppose que chacune d'elles à un objet différent (1).

5. Une obligation peut embrasser des objets de différente espèce, de l'argent avec des denrées, des choses corporelles, et, parmi ces choses, plusieurs de différente nature. Le débiteur pourra-t-il forcer le créancier à recevoir divisément et séparément chaque chose de même espèce, pourvu qu'il en offre la totalité? Il ne le pourra pas. L'obligation, même divisible, doit, en effet, être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. Or l'exécution, pour être parfaite, doit embrasser toutes les choses dues. Lors donc que le débiteur fait parmi ces choses une sorte de triage pour adresser des offres partielles, il divise le payement, et le créancier ne peut être contraint à recevoir cette partie offerte.

Nous observerons, toutefois, que cette diversité d'objets compris dans une obligation unique, si elle n'a pas pour conséquence de droit de rendre le payement divisible, pourra du moins, en fait, rendre le payement susceptible de division, soit d'après l'intention des parties, ou parce que quelques-unes de ces choses de différente nature peuvent être payables en des temps et des lieux différents, à raison de leur production, de leur situation, de leur espèce, et des autres conditions de leur délivrance.

Elle pourra encore servir à déterminer plus facilement les juges à user du droit qui leur est accordé par la dernière disposition de notre article, c'est-à-dire à diviser le payement, suivant les différentes espèces d'objets dus par le débiteur.

6. Il est évident que le payement n'est indivisible que tout autant que la dette est échue, et seulement pour la portion exigible, à moins que le débiteur, en ayant le droit, ne renonce lui-même au bénéfice du terme. Ce qui est dû à terme ne pouvant être exigé avant l'échéance, le débiteur peut forcer le créancier à recevoir ce qui est échu, pourvu qu'il l'offre

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 503.

en entier, quand bien même ce qui est échu ne fait qu'une partie plus ou moins considérable de la dette. C'est qu'alors le créancier, en accordant différents termes au débiteur, a divisé lui-même le payement de l'obligation, qui se trouve ainsi divisée, à raison de la diversité des échéances, en autant d'obligations partielles qu'il y a de termes accordés.

Mais ces obligations partielles ne constituent point des obligations distinctes. Elles sont les portions d'une seule et même dette, dont les échéances successives tendent à rétablir l'unité et à reconstituer la somme totale. Il s'ensuit que, lorsque tous les termes sont successivement venus à échéance, le débiteur ne peut valablement offrir et contraindre le créancier à recevoir le premier terme échu. Ce serait diviser un payement qui doit, au contraire, être fait d'une manière indivisible, du moment que l'unité de la dette est rétablie. Si quelques termes seulement étaient échus, le débiteur devrait également offrir la totalité de ce qui est actuellement échu. Car tout ce qui est exigible constitue, comme portions réunies d'une seule et même dette, une dette une et indivisible.

7. Mais dans les obligations successives, qui se payent par annuités ou par périodes plus courtes, chaque période est considérée comme constituant une dette particulière différente des autres. Ainsi, chaque année d'arrérages, de fermages, de loyers, de rentes et même d'intérêts, du moins tant que le capital n'est pas exigible, établit une obligation distincte, séparément susceptible de payement. Le débiteur pourra donc contraindre le créancier à recevoir une seule annuité, quoiqu'il y en ait plusieurs échues dont il n'offre pas le payement. Cette division de payement lui donne le moyen d'éviter, soit les conséquences d'une clause pénale ou d'un pacte commissoire, soit la nécessité de rembourser le capital d'une rente, à défaut de payement des arrérages pendant deux ans (1912) (1). Il

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 503. — Toullier, t. 7, n° 69. — Duranton, t. 12, n° 206.

gagne à un payement semblable de proroger d'autant la nécessité de ce remboursement (1).

Mais le créancier ne peut être forcé de recevoir une annuité plus récemment échue qu'une autre non encore intégralement payée. Le débiteur doit commencer par payer les plus anciennes, et ainsi de suite, en suivant les dates des échéances, afin de ne pas jeter la confusion et la perturbation dans les comptes du créancier, *ne conturbet rationes*, et aussi, ajoute Dumoulin, pour ne pas faire naître contre lui une présomption de payement en ce qui concerne les annuités précédentes, ou le priver du droit acquis en sa faveur par l'événement du pacte commissoire (2). La bonne foi ne permet pas, en effet, qu'il puisse faire une option préjudiciable au créancier, option dont il ne doit la faculté qu'aux ménagements dont il a été usé à son égard.

8. La diversité des lieux de payements, comme la diversité des échéances, amène la nécessité de diviser. Par la force même des choses, le payement d'une dette divisible ne peut être que partiel dans chacun des lieux où il doit se faire. Mais chaque payement est indivisible, eu égard au lieu particulier où il doit être opéré. Je vous dois six cents francs, stipulés payables, par une conjonctive, à Guéret, à Tulle, à Limoges. Le silence des parties sur la quotité de chaque payement local emporte la division par tiers. Je pourrai donc vous contraindre à recevoir deux cents francs dans chaque endroit; mais je ne pourrai vous offrir moins. S'il avait été dit, par une disjonctive : je vous payerai à Guéret, ou à Tulle, ou à Limoges, la totalité devrait être indivisément offerte au lieu d'option (3).

(1) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 44.

(2) DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 44. — TOULLIER, t. 7, n° 70. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 364, nte 5, 1re édit., et t. 4, p. 160, nte 5, 4e édit. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 206.

(3) POTHIER, *Oblig.*, nos 241 et 500.

Nous en disons autant du cas où le payement devrait avoir lieu entre les mains de plusieurs personnes, indiquées d'une manière conjonctive ou disjonctive, leur résidence fût-elle dans la même localité.

Quoi qu'il en soit, la diversité de lieux entraînant, le plus souvent, diversité d'échéances, la question ne se présentera guère qu'après que les termes seront échus pour tous les payements particuliers.

9. Nous n'avons point à revenir sur ce que nous avons dit de la manière dont une dette divisible se divise entre les codébiteurs non solidaires, et les cocréanciers également non solidaires. Qu'il nous suffise de constater ce point évident de soi-même, que l'unité réelle ou fictive de créancier et de débiteur est une condition essentielle de l'indivisibilité de payement. Dans tous les cas, en effet, où une dette divisible est due par plusieurs ou à plusieurs sans solidarité, chaque créancier ne peut exiger que ce qui lui est dû, comme chaque débiteur n'est tenu d'offrir que ce qu'il doit, c'est-à-dire une simple portion.

Il importe peu, du reste, que ce concours de créanciers ou de débiteurs soit établi par l'acte même constitutif de la dette, soit par l'effet de succession, de délégation, de cession ou de subrogation. Il suffit que la dette soit divisée pour que le payement le soit lui-même. Mais chaque portion est en soi non susceptible d'un payement divisible, pourvu que toutes les autres conditions d'indivisibilité subsistent.

10. Il faut faire attention que, par unité de débiteur ou de créancier, nous entendons l'unité de la personne juridique. Ainsi, le représentant et ayant-cause, ou même le simple mandataire légal ou conventionnel des héritiers du créancier ou débiteur, réunissant sur sa tête toute la créance ou toute la dette consolidée, peut exiger du débiteur, comme il doit offrir au créancier, toute la dette indivisément, pourvu que

sur la contrainte par corps, le débiteur, si la contrainte par les portions en soient également liquides et non litigieuses (1).

11. L'indivisibilité du payement ne comprend pas seulement la chose principale, mais encore tous ses accessoires de fait ou de droit.

Si cette chose produit des intérêts, le débiteur doit, en outre, les offrir; autrement, le créancier pourrait refuser les offres comme partielles et insuffisantes. Aussi, l'article 1258 dit-il que, pour qu'elles soient valables, il faut qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus.

Les intérêts échus, lorsque la somme principale est elle-même à échéance en tout ou en partie, en sont si bien un accessoire de droit, que le débiteur doit les offrir tous, avec le capital exigible, quand même celui-ci ne serait échu que pour une faible portion. Ils en sont inséparables.

Quant aux frais qui sont à répéter contre le débiteur, ils doivent également être compris dans les offres comme accessoires de droit (1258, n° 3).

12. En examinant les diverses conditions sous lesquelles le payement d'une dette, même divisible, est indivisible entre le créancier et le débiteur, nous avons été nécessairement amené à indiquer plusieurs exceptions. Mais il en est d'autres que nous devons signaler.

Les juges peuvent ordonner, sur l'offre du débiteur ou la demande du créancier, que le débiteur payera la somme de... en attendant la confection d'un compte, d'une liquidation, qui peut élever la dette à plus forte somme. Ce payement se fait alors à titre de provision, sans préjudice du surplus. Pothier (2) signale cette manière de procéder comme très équitable.

13. Suivant les articles 24 et 25 de la loi du 17 avril 1832,

(1) Voy. 1220, n°s 10 et suiv., n°s 19 et suiv.
(2) *Oblig.*, n° 501.

corps n'avait pas été prononcée pour dette commerciale, obtenait son élargissement en payant ou consignant le tiers du principal de la dette et de ses accessoires, et en donnant, pour le surplus, une caution acceptée par le créancier, ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur était détenu.

La caution était tenue de s'obliger, solidairement avec le débiteur, à payer, dans un délai qui ne pouvait excéder une année, les deux tiers restés dus.

La loi du 13 décembre 1848, article 6, étendait aux matières commerciales le bénéfice de ces dispositions. Ces lois sont abrogées.

14. Comme la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, et que les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (1290), il en résulte que, dans ce cas, la loi opère elle-même un payement partiel que le débiteur n'aurait pas été en droit de faire. Mais le payement qui reste à effectuer, toute compensation opérée, demeure indivisible.

Le créancier reçoit encore malgré lui un payement partiel dans les divers cas de concordat sur faillite, de cession misérable, d'ordre et distribution, les deniers étant insuffisants. La nature même des choses le veut ainsi, le débiteur ne pouvant faire davantage (1).

Le bénéfice de discussion ouvert aux cautions (2021), et aux tiers-détenteurs (2170), expose le créancier à ne recevoir qu'un payement partiel.

La purge a également pour effet de diviser le payement, en cas d'insuffisance du prix offert, puisque le tiers-détenteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce prix.

15. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour une même dette, elles sont obligées

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 2, nº 49.

chacune à toute la dette (2025); néanmoins, chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution (2026). Voilà encore un cas où le payement de la dette devient divisible entre le créancier et les cautions, puisque chacune d'elles, poursuivie par le créancier, peut le contraindre à recevoir sa portion divisément. Mais entre le débiteur principal et le créancier, le payement est toujours indivisible.

Il faut encore remarquer que chaque caution n'acquiert le droit d'effectuer un payement partiel, que par le bénéfice de division. Or, comme la dette ne se divise point entre elles de plein droit, que la dette ne se divise qu'au moyen de l'exception de division qui, ne peut être proposée que sur les poursuites du créancier, il suit que les cautions ne peuvent point prévenir ses poursuites, ni le contraindre, en usant d'un bénéfice de division qui n'est point encore ouvert, à recevoir de chacune d'elles sa portion divisée. Elles n'ont qu'à attendre les poursuites.

Elles ne peuvent non plus, tant qu'elles ne sont pas poursuivies, placer, par une sommation ou tout autre acte de poursuite, le créancier dans cette alternative, ou de recevoir un payement partiel, ou de les décharger de leur cautionnement. Il importe peu à cet égard que leur engagement date de plusieurs années, et qu'elles allèguent que le débiteur principal, ou quelques-unes d'entre elles, encore solvables, commencent à dissiper leurs biens, à déranger leurs affaires, et à tourner vers la déconfiture et l'insolvabilité; enfin, qu'elles ne doivent point souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre.

Ces prétentions seraient repoussées par une réponse bien simple; c'est que, si la caution, même avant d'avoir payé, peut être indemnisée de son cautionnement, dans certains cas, c'est seulement contre le débiteur principal qu'elle doit agir, et non contre le créancier (2032); que ce dernier est, en effet, maître d'agir ou de ne pas agir; qu'usant d'une faculté, aucune impu-

tation de négligence ne peut lui être adressée, et qu'au surplus les cautions, si elles voient du péril dans la demeure, n'ont qu'à payer toute la dette, et à user ensuite contre le débiteur du bénéfice de la subrogation légale (1).

16. Si les cautions avaient divisé dès le principe leur engagement, en s'obligeant pour une portion déterminée de la dette, chacune d'elles, avant même d'être poursuivie, pourrait-elle forcer le créancier à recevoir sa part divisément?

Dumoulin (2) et M. Toullier (3) pensent qu'elle ne le peut pas, parce que l'obligation accessoire du cautionnement ne doit pas indirectement altérer l'obligation principale, en la rendant payable par partie, du moins tant que le créancier ne poursuit pas les cautions.

Cette décision, que Dumoulin reconnaît du reste être contraire à l'opinion commune, ne nous paraît pas devoir être suivie. Il est, en effet, aussi juste que naturel que tout débiteur puisse se libérer en payant ce qu'il doit. Donc, la caution qui s'est engagée particulièrement pour une portion, est bien fondée à se libérer en offrant toute la part qu'elle a cautionnée. Si elle peut incontestablement le faire sur les poursuites du créancier, comment ne le peut-elle pas également avant toutes poursuites? Il n'est pas d'ailleurs exact de prétendre que les obligations accessoires ne peuvent altérer la nature et les conditions de l'obligation principale. Ici, le cautionnement particulier de chaque fidéjusseur est à son égard son obligation principale; et il lui importe peu qu'elle soit une part d'une obligation plus considérable contractée par un autre, du moment que le créancier l'a divisée par rapport à lui. En offrant un payement partiel, il ne fait donc que se conformer à la volonté formellement exprimée par le créancier

(1) Dumoulin, *Div. et indiv.*, p. 2, nos 50, 54 et suiv. — Pothier, *Oblig.*, n° 499. — Toullier, t. 7, n° 73. — Duranton, t. 12, n° 87.

(2) *Div. et indiv.*, p. 2, n° 57.

(3) T. 7, n° 73.

lui-même; et celui-ci n'a donc point à se plaindre d'une division à laquelle il a consenti.

Il est bien vrai que le cautionnement est donné en faveur du créancier, et qu'il ne doit pas lui préjudicier. Mais peut-on sérieusement dire que, dans ce cas, le cautionnement lui cause préjudice, en l'obligeant à recevoir un payement partiel de chaque caution? S'il y a préjudice, c'est parce qu'il l'a voulu; c'est par l'effet de la convention faite avec lui; *volenti non fit injuria*. Comment peut-il, enfin, accepter du cautionnement ce qui lui en plaît, et rejeter ce qui ne lui en convient pas? Pour échapper à un payement partiel, il n'a qu'une chose à faire, c'est de renoncer au cautionnement, au profit de la caution qui lui offre sa part; mais il ne peut tout à la fois s'en réserver le bénéfice, et refuser le payement d'une obligation que le débiteur entend acquitter en ce qui le concerne (1).

17. Cette division de payement que le créancier a acceptée à l'égard des cautions, conduit à une autre conséquence. Le débiteur principal, poursuivi ou non, peut, au nom de telle ou telle d'entre les cautions, soit que le créancier les poursuive ou ne les poursuive pas encore, contraindre ce dernier à recevoir la part de chaque caution divisément. Il a, en effet, intérêt à payer pour elle, afin de se décharger de l'indemnité qu'il lui doit (2).

Pour établir le contraire, il faudrait prouver que sa qualité de débiteur principal exclut le droit de payer au lieu et au nom de ses cautions; ce qui est en opposition manifeste avec les termes de l'article 1236; qui permet à toute personne intéressée ou non de payer en l'acquit et au nom d'un tiers. Le créancier ne peut donc se soustraire à ce payement divisé, qu'en renonçant au bénéfice du cautionnement, et en ne retenant pour obligé que le débiteur à l'égard duquel le payement est indivisible.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 499. — DURANTON, t. 12, n° 87.
(2) POTHIER, DURANTON, *ibid.*, — *Contrà*, TOULLIER, *ibid.*

Il convient d'étendre cette décision au cas où l'un des codébiteurs solidaires a laissé plusieurs héritiers, entre lesquels la dette s'est divisée. Les autres débiteurs ne pourront sans doute faire en leur nom qu'un payement indivisible; mais s'ils payent au nom et en l'acquit de chacun des héritiers de leur consort, ils pourront, en cette qualité, contraindre le créancier à recevoir la portion personnelle de chacun d'eux.

Si l'on suppose, enfin, une dette pour le payement de laquelle le débiteur a, sans être déchargé, délégué pour des portions déterminées diverses personnes qui ont accepté cette délégation, le créancier ne pourra refuser les offres qui lui seront faites par le débiteur, au nom et en l'acquit de chaque délégué, de toute la portion personnellement due par ce dernier.

S'il prétendait payer en son nom personnel, il ne pourrait payer par partie. Mais, en payant au nom d'un tiers à l'égard duquel le payement est divisible, il profite indirectement du bénéfice de cette division. Quant au créancier, il ne saurait légitimement s'en plaindre; car il doit lui être indifférent de recevoir des mains de tel ou tel ce qui peut lui être régulièrement offert divisément, du moment qu'il conserve tous ses droits contre celui de ses débiteurs qui est tenu d'un payement indivisible.

18. Nous arrivons à une dernière exception, résultant du second paragraphe de l'article 1244.

Il semble que les tribunaux n'ont d'autre mission que d'assurer l'exécution des obligations, et qu'il est contraire aux règles de la justice exacte de leur accorder le pouvoir arbitraire de la restreindre et de la modifier. Animée, cependant, d'une bienveillance généreuse et le plus souvent excessive envers les débiteurs, notre ancienne jurisprudence avait introduit un système de surséances, dont les abus devaient échapper à toute espèce de corrections.

Des lettres d'État étaient accordées aux personnes employées,

hors de leur résidence ordinaire, pour affaires importantes au service du roi. Le bénéfice en était personnel. Elles étaient délivrées et expédiées au nom du roi, et seulement sur son exprès commandement. Elles n'étaient accordées que pour le temps de six mois, à compter du jour de leur date. Elles pouvaient être renouvelées, mais pas plus tôt que quinze jours avant l'expiration des lettres précédemment obtenues, et seulement en cas de la continuation du service actuel. Elles pouvaient, toutefois, être débattues d'obreption, subreption ou autrement. Elles s'accordaient, en effet, le plus souvent au crédit, à l'intrigue, à l'abus des influences.

Leur obtention emportait défense à tous juges d'en connaître, et de passer outre à l'instruction et au jugement du procès, au préjudice de la signification des lettres, et aux parties de continuer leurs poursuites, et de s'aider des jugements qui pourraient être intervenus, à peine de nullité, cassation de procédures, dépens et dommages et intérêts (1).

Il y avait encore les lettres de répit, que les juges accordaient autrefois, et que le roi finit par se réserver le droit d'accorder lui-même aux débiteurs. Elles étaient adressées aux juges, et leur permettaient d'accorder à l'impétrant un délai qui ne pouvait excéder cinq ans. Aussi, disait-on jadis au lieu de répit, quinquenelle, à cause de sa durée quinquennale, *quinque anni*. Ces lettres étaient entérinées par les tribunaux, les créanciers appelés, et contradictoirement avec eux. Des secondes lettres pouvaient être accordées pour causes nouvelles et considérables, sans que, toutefois, pour quelque cause et prétexte que ce fût, il pût en être accordé d'autres (2).

Les juges pouvaient enfin, de leur autorité propre, en condamnant au payement de quelque somme, donner surséance à l'exécution de la condamnation, qui ne pouvait néanmoins

(1) Voy. Ord. de 1669, tit. 5, et Déclaration du 23 déc. 1702.
(2) Voy. Ord. de 1669, tit. 6; Déclaration du 23 déc. 1699.

être que de trois mois au plus, sans qu'elle pût être renouvelée (1).

En vain Louis XIV disait, dans son préambule de l'ordonnance de 1669, que les lettres d'État ne sont que pour les absences nécessaires et indispensables, et les lettres de répit, pour soulager la misère et soutenir la famille des débiteurs innocents. En avouant lui-même qu'il était important d'en épurer la pratique, en les réduisant aux termes d'un usage naturel et légitime, il semblait en même temps prévoir l'impuissance du remède appliqué, et la persistance du mal inhérent au principe même de l'institution.

Aujourd'hui il ne reste absolument rien de ces lettres d'État et de répit, abolies depuis 1791 (2). Le droit d'accorder, dans le cercle des contestations privées, une surséance particulière et individuelle, appartient exclusivement aux juges, suivant les dernières dispositions de l'article 1244, ainsi conçues : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. »

Ces délais s'appellent délais de grâce.

M. Toullier (3) traite cette disposition avec une sévérité à laquelle nous ne pouvons nous associer qu'en partie. Elle est, suivant lui, impolitique, destructive du crédit et de la confiance; elle fomente la chicane, encourage la négligence et la mauvaise foi, prolonge les contestations, et finit par consommer la ruine du débiteur, avec le désir, cependant, de le soutenir et de le soulager.

On voit bien que M. Toullier la juge sur ses abus; et, en ce sens, il a parfaitement raison. Mais, considérée dans son principe et dans sa cause, elle mérite l'assentiment du justiciable

(1) Ord. de 1669, tit. 6, art. 1.
(2) Voy. Merlin, Rép., v° *Répit*.
(3) T, 6, n° 657.

et du juge, du jurisconsulte et de l'économiste, non-seulement comme expression d'une pensée d'indulgence et d'humanité, mais encore comme consécration des principes d'une bonne politique. C'est, en effet, une grande erreur que de croire que l'intérêt public et la prospérité générale exigent, dans l'ordre même des intérêts civils et privés, une législation impitoyable. Il naîtrait de la dureté de la loi civile des inconvénients et des désordres certainement plus fâcheux, plus graves, plus généraux qu'il n'en peut résulter d'une loi dont la rigueur est tempérée par l'équité. La dureté de la loi serait inflexible et l'abus en serait sans frein, tandis que son indulgence, aussitôt que le danger s'en fait sentir, peut être arrêtée sur la pente de l'excès. Il appartient alors au juge de concilier, dans l'exercice de son ministère, les rigueurs de la loi positive avec les tempéraments d'une indulgente humanité; et, dans cette œuvre de prudente conciliation, il devra s'inspirer de la pensée même qui a animé le législateur, lorsqu'il a fait pénétrer la morale dans la loi, non pas pour l'affaiblir, mais, au contraire, pour la fortifier, et qu'il a présenté le résultat de cette sublime alliance comme un objet plus digne du respect et de l'amour des peuples.

Les dispositions de l'article 1244 se recommandent, d'ailleurs, par l'ancienneté du principe qu'elles consacrent. Elles ne font que renouveler une pratique immémoriale de notre ancienne jurisprudence (1), et même du droit romain (2).

19. Après tout, si l'application qui en est faite n'est pas exempte de critiques, la faute n'en est pas à la loi, elle en est aux juges. Il en est, en effet, pour qui tout est prétexte pour accorder des délais au débiteur, et qui réduisent l'exercice de cette faculté à l'application banale des circonstances atténuantes à l'exécution des obligations civiles. Voilà les déplorables

(1) Voy. DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 2, n° 49.

(2) Voy. l. 16, § 1, *ff. De compens.* — L. 21, *ff. De judic.* — L. 31, *ff. De re jud.* — Instit., *De off. jud.*, § 2.

abus contre lesquels il convient de protester, et que l'on doit signaler sans cesse comme une véritable prostitution des faveurs de la loi.

Averti par l'expérience des temps passés, le législateur moderne a vu clairement les dangers du pouvoir arbitraire qu'il confiait aux tribunaux; mais, impuissant lui-même à extraire le bien seul de ce mélange inséparable de bien et de mal qui se trouve au fond de toute institution humaine, il a été obligé de s'en reposer sur eux du soin d'en faire, dans la pratique, le discernement nécessaire. Il savait, cependant, combien ils sont disposés à se laisser séduire par les généreuses inspirations du cœur; avec quelle facilité, avec quel entraînement ils se précipitent, aux lueurs vagues et incertaines d'une capricieuse et triviale équité, dans les voies si larges de l'erreur, où bientôt se perdent et se confondent toutes les notions véritables du juste et de l'injuste.

En leur confiant ce pouvoir discrétionnaire, il a donc expliqué comment il entendait qu'il fût exercé; et, sans en préciser lui-même l'étendue, il leur a recommandé d'y poser de sages limites. Ils ne doivent donc en user qu'avec une grande réserve, en considération de la position du débiteur.

Les considérations qui peuvent déterminer les juges à accorder un délai de grâce sont tirées, en général, de l'état de gêne, habituelle ou momentanée, dans lequel se trouve le débiteur; du préjudice grave que lui causerait un payement immédiat; des dispositions prises par lui pour payer; de sa bonne volonté et de sa bonne foi; d'une exécution déjà opérée en partie; de l'absence de tout péril dans le retard, ou du moins de son peu d'inconvénients pour le créancier; de la qualité et des rapports des personnes; de la nature et des circonstances de l'obligation; toutes questions de fait qui sont livrées à l'appréciation des tribunaux.

20. La loi ne dit point quelle peut être la durée du délai de grâce. Elle se contente de dire qu'il doit être modéré et

accordé avec une grande réserve. Plus sage et plus prudente en ce point que l'article 1244, l'ordonnance de 1669 fixait un maximum de trois mois. Cette absence de maximum peut-être une lacune regrettable; mais, dans le silence de la loi, on ne saurait douter que les juges ne puissent accorder des délais plus ou moins longs, suivant les circonstances, et dans la mesure que la raison et le bon sens leur indiquent. Ils n'ont enfin d'autre règle que leur conscience.

21. Le délai de grâce ne peut être accordé que pour le payement, pour l'exécution de l'obligation. Il n'en peut être concédé aucun pour tout ce qui ne concerne pas le payement, et se rattache à des questions étrangères à l'exécution. Ainsi, le débiteur ne peut obtenir aucune prorogation de délai, en ce qui touche l'accomplissement ou la défaillance des conditions expresses. Seulement, il peut lui en être accordé un pour le payement des obligations purifiées par l'événement de la condition, ou de celles qui résultent de sa défaillance.

22. Les dispositions de l'article 1244 s'appliquent, en règle générale, et sauf quelques exceptions particulières, à toute espèce d'obligations, quels qu'en soient la cause et l'objet. Mais, dans l'usage qu'il leur est permis d'en faire, les juges devront toujours apporter, suivant l'appréciation des circonstances, la réserve et la discrétion que la loi leur recommande.

Comme les règles posées dans le Code civil sont générales, applicables à toute matière, jusqu'à preuve d'une exception, l'article 1244 doit être appliqué aux matières commerciales, dans tous les cas où le Code de commerce n'y a pas apporté une exception formelle. Or les seules exceptions qui s'y trouvent sont dans les articles 135, 157 et 187, concernant les lettres de change et billets à ordre. Voilà toute la sanction que le législateur a donnée aux paroles de M. Favard, quand il disait dans son rapport au Tribunat sur le titre des obligations, qu'il ne parlait pas des obligations de commerce

qui doivent avoir leurs règles particulières, selon la nature des engagements (1).

23. Il importe peu qu'il s'agisse d'une obligation fondée sur un acte public et authentique emportant exécution parée. Plusieurs auteurs (2) prétendent cependant que, dans ce cas, les juges ne peuvent accorder de délais de grâce, parce que, aux termes de l'article 122, C. pr., ils doivent le faire par le jugement même qui statue sur la contestation, et que le créancier porteur d'un acte authentique, exécutoire par sa vertu propre, n'a pas besoin d'un jugement pour se faire payer.

Nous croyons pouvoir affirmer qu'une pratique contraire est aujourd'hui suivie par les tribunaux d'une manière constante et universelle. Si ces usages n'étaient point fondés sur la loi, ils ne seraient sans doute qu'un déplorable abus. Essayons donc de les justifier.

L'article 1244 ne distingue point. De quel droit établir, dans l'application de ses dispositions, une distinction qu'il n'a pas faite, qu'il ne pouvait même pas raisonnablement faire? Dans la rigueur du droit strict, les juges devraient, en effet, se borner à juger et à ordonner l'exécution pure et simple de leurs jugements, sans avoir la faculté de restreindre ou de modifier la force exécutoire qui y est attachée, sans avoir surtout la faculté d'apporter, dans son exécution, une dérogation à la convention des parties. Or l'article 1244 leur accorde précisément ce pouvoir exorbitant. Comment donc le législateur, après avoir introduit une exception aussi grave, qui touche au fond même du droit des parties intéressées, aurait-il refusé de l'étendre à un cas où elle devait produire des résultats identiques? Des raisons même plus puissantes en sollicitaient

(1) FAVARD, Rép., v° *Jugement*, sec. 1, § 2, n° 4. — CARRÉ, *Quest.* 522. — Cass., 20 déc. 1842. SIREY, 43, 1, 223. — *Contrà*, TOULLIER, t. 6, n° 661.

(2) TOULLIER, t. 6, n° 660. — BONCENNE, t. 2, p. 518. — DURANTON, t. 12, n° 89. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 368, n^te^ 27, 1re édit. — MERLIN, *Quest.*, v^is^ *Exécution parée*, § 2. — DELVINCOURT, t. 2, p. 769.

l'extension à ce dernier cas que l'on prétend excepter. Car la pensée du législateur étant de soulager le débiteur pauvre et malheureux, il ne pouvait lui refuser le bénéfice d'une indulgente humanité, dans une circonstance où la force exécutoire de l'acte, la promptitude et la rigueur des poursuites donnent à la protection de la loi un caractère particulier de nécessité et d'urgence.

Les termes mêmes de notre article repoussent toute distinction. En déclarant, en effet, que les délais sont accordés pour surseoir à l'exécution des poursuites, il suppose nécessairement que des poursuites peuvent être exécutées, que le créancier est, en conséquence, porteur d'un titre exécutoire.

Quant aux dispositions de l'article 122, C. pr., elles ne concernent nullement, au fond, le droit d'accorder des délais; elles règlent seulement la manière dont ce droit est exercé. Il suffit donc qu'il y ait débat, contestation, instance, en un mot, matière et nécessité d'un jugement, soit par suite d'une action directe ou d'une opposition à poursuites, pour que le juge puisse accorder, par son jugement, des délais modérés au débiteur.

Qu'importe que le créancier n'ait pas besoin d'un jugement pour poursuivre? La question n'est pas là. Elle est de savoir si un jugement est rendu qui statue sur la contestation. Et c'est en vain que l'on oppose que la partie, ayant un titre exécutoire, ne peut voir son droit modifié par l'autorité du juge, de qui elle ne le tient pas. Il suffit, en effet, qu'il y ait invocation de cette autorité pour qu'elle ait droit d'intervenir, avec la faculté d'indulgence que la loi lui confère, et dont elle peut user, pourvu, toutefois, que le point litigieux n'ait pas été l'objet d'une décision précédente, passée en force de chose jugée (1).

(1) CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 524. — THOMINE-DESMAZURES, t. 1, n° 138. — RODIÈRE, *Proc.*, t. 1, p. 370. — MARCADÉ, art. 1244, n° 3, — ZACHARIÆ, t. 4, p. 165, 4e édit. — Cass., 1er fév. 1830. SIREY, 30, 1, 41. — Colmar, 29 juill. 1850. SIREY, 51, 2, 272. — Alger, 17 fév. 1864. SIREY, 64, 2, 184.

Aussi, voit-on tous les jours des débiteurs faire opposition aux poursuites dirigées contre eux, dans le seul but d'obtenir de l'humanité du juge un délai pour le payement.

24. Mais nous devons faire sur ce point une observation importante, qui échappe, le plus souvent, dans la pratique. Lorsque les poursuites ont lieu en vertu d'un jugement antérieur de condamnation, les juges ne doivent point accorder de délais.

En effet, si ce jugement a accordé un délai, le débiteur ne peut en obtenir un autre, ainsi que nous le verrons plus bas. Si aucun n'a été accordé, comme le délai devait être accordé par le même jugement qui statuait sur la contestation, il ne peut désormais en être accordé. Il y a, en un mot, dans l'un et l'autre cas, chose jugée. Autrement, les débiteurs pourraient, par des oppositions moratoires incessamment répétées, et l'humanité du juge aidant, se soustraire, pendant un temps indéfini, à l'exécution de leurs obligations. La loi ouvre déjà une assez large porte à l'arbitraire pour qu'il importe de la maintenir dans de justes limites.

L'article 1244 est également inapplicable en cas de saisie réelle et immobilière, soit qu'elle ait eu lieu en vertu d'un jugement ou de tout autre acte exécutoire. La procédure spéciale et exceptionnelle à laquelle sont assujetties de pareilles poursuites en exécution, ne permet pas au juge d'accorder au saisi des délais de grâce, en dehors des cas particuliers déterminés par la loi, et où des délais peuvent être accordés. Ajoutons que la saisie est commencée par le procès-verbal de saisie, sans que la transcription en soit exigée (1). Mais la procédure en saisie ne saurait être réputée commencée par le seul commandement. Ce n'est, conséquemment, qu'en faisant opposi-

(1) Amiens, 21 fév. et 16 avril 1850. Sirey, 50, 2, 286. — Caen, 7 mars 1849. Sirey, 50, 2, 412. — Limoges, 16 juin 1851. Sirey, 51, 2, 502. — Dijon, 11 janvier 1878. Sirey, 78, 2, 69. — *Contrà,* Rouen, 7 août 1813. Sirey, 15, 2, 113.

tion à ce commandement, avant toute saisie, que le débiteur peut, si cet acte n'a été lui-même fait en vertu d'un jugement qui a statué sur la contestation, obtenir un délai de grâce, suivant les circonstances.

Mais il nous semble qu'il doit en être autrement dans le cas de toute autre saisie. La procédure à laquelle sont soumises de pareilles poursuites n'est point inconciliable avec la concession d'un délai de grâce; on peut même dire que notre article y fait allusion, en parlant de sursis à l'exécution des poursuites.

25. La faculté d'accorder des délais au débiteur emporte, pour le juge, celle de diviser le payement, lorsqu'il s'agit d'une chose dont l'exécution est divisible. L'article 1244 pose ainsi une exception au principe qu'il proclame lui-même de l'indivisibilité de l'obligation entre le créancier et le débiteur. Le juge a non-seulement le pouvoir d'accorder des délais, il a encore le droit de fractionner la dette et de la diviser en plusieurs portions, payables à des échéances successives; par exemple, par tiers, à six, neuf et douze mois.

Il ne paraît pas, en effet, que les rédacteurs du Code aient voulu s'écarter des anciens principes. Dumoulin (1) atteste qu'il a vu, dans la pratique, diviser l'obligation en faveur des débiteurs malheureux et pauvres, pour leur faciliter le payement. Ce qui confirme notre opinion, c'est la lettre même de l'article 1244. Le terme *néanmoins,* qui commence le second paragraphe, indique par lui-même une exception. A quoi? Evidemment, au principe précédemment posé; à savoir que le créancier ne peut être contraint à recevoir en partie le payement de la dette même divisible. Par exception, il peut donc y être contraint, sinon par le débiteur, du moins par le juge.

La pluralité des délais que le juge est en droit d'accorder indique encore le droit qui lui est conféré de fractionner la

(1) *Div. et indiv.,* p. 2, nº 49. — Pothier. *Oblig.,* nº 500.

dette. Car, si la succession des délais, pour un payement intégral, se résume, après tout, dans un délai unique, la pluralité des délais accordés implique à la fois une division du temps et de la créance. Quand l'article 1244 ajoute, *toutes choses demeurant en l'état*, il veut dire simplement qu'il est sursis à toutes poursuites; que les poursuites tiennent, et qu'il y aura lieu de les reprendre, en cas de non payement au terme fixé (1).

Ajoutons que la recommandation faite aux tribunaux de n'user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve, doit suffire pour rassurer contre les abus. Pénétrés de leurs devoirs, ils s'efforceront de concilier les droits de l'humanité avec les exigences de la loi.

26. Les termes mêmes de l'article 1244 indiquent quelles sont les conséquences de l'obtention du délai de grâce. Il a pour effet de surseoir à l'exécution des poursuites, comme ferait un délai conventionnel.

Si les poursuites commencées doivent demeurer suspendues, à plus forte raison le créancier ne peut-il en commencer de nouvelles. Le débiteur pourrait les faire annuler avec dommages et intérêts, suivant les circonstances.

Bien qu'il arrête l'exigibilité de la dette, cependant le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (1292).

Pendant sa durée, toutes choses demeurent en état; c'est-à-dire que les actes de poursuites demeurent intacts; que les poursuites, simplement suspendues, peuvent être reprises à l'échéance; que le débiteur reste sous le coup de sa mise en demeure, avec toutes les conséquences de droit; enfin, que le créancier peut faire tous les actes réputés conservatoires (125, C. pr.).

27. Parmi les actes simplement conservatoires, nous ne

(1) Toullier, t. 6, n° 658, et 7, n° 71. — Delvincourt, t. 2, p. 768. — Boncenne, t. 2, p. 517. — Zachariæ, t. 2, p. 364 et 366, 1re édit., et t. 4, p. 161 et 163, 4e édit. — Marcadé, art. 1244, n° 1. — Cass., 20 déc. 1842. Sirey, 43, 1, 223. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 88.

rangeons point la saisie-arrêt. Elle constitue, en effet, une poursuite autant d'exécution que de conservation. C'est un point aujourd'hui à peu près constant en jurisprudence. Aussi, est-il reconnu généralement que le créancier dont la créance n'est pas exigible ne peut saisir-arrêter. Or, comme le terme de grâce oblige à surseoir aux poursuites, toutes choses demeurant en état, le créancier est dans la nécessité d'en attendre l'expiration. Une poursuite en saisie-arrêt, aboutissant à l'appropriation du créancier, modifie l'état des choses.

Il importerait même peu que les sommes saisies-arrêtées ne fussent point encore en la possession du débiteur au moment où le délai de grâce lui a été concédé. Car il n'est dit nulle part dans la loi que le débiteur est déchu aussitôt qu'il est devenu plus riche et plus solvable. Que si on objecte qu'il peut abuser du délai pour percevoir et dissiper son actif au préjudice de ses créanciers, il suffit de répondre que cette considération n'a pas empêché le législateur d'édicter l'article 1244. Le délai de grâce est donc, comme le délai conventionnel, un obstacle à la saisie-arrêt (1).

28. On a agité cette question : le débiteur peut-il renoncer d'avance à l'obtention du délai de grâce? Loisel disait (2) : l'on peut renoncer aux répits, mais non au bénéfice de cession. Notre coutume de la Marche, article 66, autorisait également cette renonciation. Mais l'ordonnance de 1669, titre 6, article 12, n'entendait qu'aucun pût être exclu d'obtenir répit, sous prétexte de renonciation, et la déclaration du 23 décembre 1702, article 9, défendait, au contraire, de revenir contre la renonciation aux lettres d'État.

Sous le Code civil, la validité d'une pareille renonciation ne nous paraît pas douteuse. Les parties ne font alors

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 332, n^te 4, 1re édit., et t. 4, p. 117, 4e édit. — CARRÉ, *Quest.* 1926. — Grenoble, 26 mai 1882. SIREY, 83, 2, 84. — *Contrà*, TOULLIER, t. 6, n° 673. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 1926. — BONCENNE, t. 2, p. 523.

(2) *Instit.*, liv. 4, tit. 6, n° 11.

que renforcer la loi de leur convention privée, et la placer hors des atteintes d'une équité souvent imaginaire. La faculté accordée par l'article 1244 ne saurait être considérée comme constituant un droit absolu pour le juge, une attribution de sa juridiction, indépendante de la stipulation contraire des parties. Une pareille prétention supposerait que notre article contient des dispositions d'ordre public. Il a sans doute été conçu dans des vues d'utilité générale, comme une foule d'autres que nous pourrions citer, et auxquels il est permis de déroger par une convention contraire; mais cette considération est évidemment insuffiante. Craint-on qu'une pareille clause ne devienne de style? Si jamais elle le devenait, ce serait la plus amère critique de la loi (1).

29. Le Code de procédure, complétant sur ce point les dispositions du Code civil, indique comment et dans quel cas les juges exerçent la faculté qui leur est conférée par l'article 1244. Dans les cas où les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'inexécution de leurs jugements, ils le feront par le jugement même qui statuera sur la contestation, et qui énoncera les motifs du délai (122, C. pr.). La loi nouvelle exige ainsi, de plus que l'ordonnance de 1669, tit. 6, art. 1, l'énonciation des motifs; disposition sage, destinée à retenir le juge sur la pente d'une indulgence arbitraire.

Ainsi, les juges ne peuvent point accorder un délai par nouveau jugement, soit que la partie le réclame comme chef unique de demande, soit qu'elle le demande à la suite d'une opposition formée aux poursuites dirigées contre elle, en exécution d'un précédent jugement. Ce serait, dans les deux cas, violer les dispositions de l'article 122, C. pr., et détruire l'autorité de la chose jugée.

(1) Toullier, t. 6, n° 658. — Zachariæ, t. 2, p. 367, 1re édit., et t. 4, p. 164, 4e édit. — Bordeaux, 18 avril 1830. — Sirey, 30, 2, 368. — 23 juill. 1838. Sirey, 39, 2, 147. — *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 769. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 529. — Marcadé, art. 1244, n° 2. — Colmar, 29 juill. 1850. Sirey, 51, 2, 272.

Il s'ensuit encore qu'ils ne peuvent, sous aucun prétexte, ni proroger, ni renouveler le délai qu'ils auraient accordé (1), ni accorder d'autres et divers délais successivement. Car le délai doit être accordé par le jugement même qui statue sur la contestation. Une interprétation contraire amènerait les plus graves inconvénients, et rappellerait tous ceux des anciennes lettres d'État et de répit (2).

Mais ils peuvent accorder, dans tous les cas, des délais au débiteur, sur la contestation incidente et nouvelle qui résulte de l'exécution du jugement; par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer, après la résolution ou la rescision d'un contrat, les restitutions que les parties ont respectivement à se faire, et que le premier jugement n'a point précisées, quoiqu'il en ait posé le principe.

30. Un délai peut encore être accordé au débiteur, lorsqu'il a été poursuivi et condamné avant l'échéance du terme, conformément à la loi de 1807 (3). Sur les poursuites dirigées contre lui après l'échéance, il pourra obtenir un délai de grâce, parce que les articles 1244, C. civil, et 122, C. pr., supposent que le terme conventionnel est échu, et parce que le jugement qui a reconnu et constaté la dette n'a pas eu à statuer sur un délai de grâce, qui, en l'état, ne pouvait faire l'objet d'aucune décision judiciaire.

31. Il résulte des termes de l'article 123, que le délai de grâce peut être accordé à la partie même qui a fait défaut.

Il s'ensuit nécessairement qu'il n'a pas besoin d'être demandé, et que les juges ont la faculté de l'accorder d'office (4).

(1) *Conf.*, Ord. de 1669, tit. 6, art. 1.
(2) Voy. art. 1184, n° 48. — BONCENNE, t. 2, p. 517. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 525. — Nancy, 3 juin 1871. SIREY, 71, 2, 250.
(3) Voy. art. 1186, n°s 19 et suiv.
(4) BONCENNE, t. 2, p. 520. — CHAUVEAU, sur Carré, *Quest.* 526.

32. Le bénéfice du délai de grâce ne s'applique pas seulement aux condamnations principales, mais encore aux condamnations accessoires, relatives aux dépens de l'instance. Ce sont, en effet, autant de points, quoique de différente nature, qui rentrent dans l'exécution du jugement. Le sursis accordé au débiteur d'une manière générale, aura donc pour effet d'empêcher le créancier de poursuivre, avant son expiration, l'exécution des condamnations prononcées, tant accessoires que principales.

Le bénéfice de ce délai profitera au débiteur, non-seulement contre la partie envers laquelle il aura été condamné aux dépens, mais encore contre l'avoué qui en aura demandé la distraction à son profit. Car le sursis qui lui a été accordé est indépendant de tout changement, de toute substitution de créancier.

Mais les juges peuvent en restreindre le bénéfice à tel ou tel chef de condamnation, et, par exemple, ne pas l'étendre au chef concernant les dépens dont le remboursement est dès lors immédiatement exigible. Cette exception peut être expresse ou implicite. Elle sera implicite lorsqu'il résultera, non point des termes formels du jugement, mais de la combinaison de ses dispositions, que le sursis n'a été accordé que pour l'exécution des condamnations principales. Tel serait le cas où les juges, sans s'occuper des dépens, auraient divisé la somme principale en fractions déterminées et précises, dont le payement serait échelonné à des époques différentes.

33. Le délai accordé pour l'exécution du jugement courra du jour du jugement, s'il est contradictoire, et de celui de la signification, s'il est par défaut (123, C. pr.).

Il ne faut point confondre ici avec le délai de grâce les délais que les juges accordent pour une option à faire, une pièce à produire, ou qu'ils ne font que déterminer dans le silence de la convention des parties. Ces derniers délais sont essentiellement différents, dans leur principe et dans leurs

effets, des délais appelés de grâce. Ils ne proviennent point, en effet, de l'humanité du juge, mais de la force des choses ou de la convention. Du moment que le tribunal reconnaît et pose en principe une option à faire, une production à opérer, il est de l'essence même de cette décision, qu'elle emporte un délai quelconque pour l'exécution de l'obligation. Le juge ne peut en refuser un, quel qu'il soit. Ce qui est facultatif pour lui, c'est l'étendue de ce délai qu'il peut élargir ou restreindre, suivant les circonstances.

Tel est enfin le délai qu'il détermine dans le silence de la convention, alors, toutefois, qu'elle en contient un implicitement, et qu'il ne s'agit que d'en fixer l'étendue. Les articles 1900 et 1901 nous offrent des exemples de ce délai implicite et conventionnel, que le juge détermine d'abord de droit, sauf à le proroger ensuite par faveur.

De là plusieurs conséquences importantes : Le délai ne courra que du jour de la signification du jugement, faite suivant les règles du Code de procédure, à moins que le jugement ne contienne lui-même une disposition expressément contraire. A son expiration, il pourra être accordé un délai de grâce, parce que, jusque-là, il n'y a que le délai nécessaire ou conventionnel qui a couru, à moins que les juges ne se soient eux-mêmes enlevé la faculté d'accorder un sursis, soit en prononçant une forclusion ou une déchéance expresse, soit en accordant le délai comme sursis de grâce, en prorogation ou remplacement du délai conventionnel.

34. Le débiteur ne pourra obtenir un délai, ni jouir du délai qui lui aura été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (124, C. pr.). Le débiteur ne saurait, en effet, compter sur la bienveillante humanité de la loi, qu'à la condition d'en être parfaitement digne. D'un autre côté, le sur-

sis de grâce ne doit point entraîner la ruine d'un légitime créancier.

L'article 1188, C. civil, contient des dispositions semblables sur la déchéance du délai conventionnel. Mais la différence qui existe dans les termes de ces deux articles nous oblige à faire entre eux un rapprochement.

L'article 124, C. pr., reproduit le cas de faillite et de diminution des sûretés promises par le contrat; mais il ajoute les divers cas où les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, où il est en état de contumace, ou constitué prisonnier. Un mot d'abord d'explication : Il est indifférent qu'il s'agisse d'une vente de meubles ou d'immeubles. La loi ne distingue point.

D'autre part, par état de contumace, il ne faut pas entendre seulement la disposition du débiteur poursuivi criminellement; cette expression a ici un sens plus étendu et approprié à la loi civile. Un débiteur est donc en état de contumace, lorsqu'il a disparu, qu'il se cache, se soustrait aux poursuites de ses créanciers, et met frauduleusement entre eux et lui de grandes distances.

L'emprisonnement dont entend parler ici l'article 124, ne saurait être l'emprisonnement pénal; c'est de l'emprisonnement civil qu'il s'agit, de l'emprisonnement résultant de l'exercice de la contrainte par corps (1). Du moins l'emprisonnement pénal est insuffisant par lui-même pour entraîner la déchéance dont nous nous occupons, s'il n'est en outre un élément de l'état de déconfiture.

Nous venons de prononcer le mot de déconfiture; c'est qu'en effet l'article 124, C. pr., sans indiquer la chose par son nom, nous semble la définir par l'énumération de quelques-uns des éléments qui la constituent, tels que la vente forcée des biens, la contumace et l'emprisonnement actuel du débiteur. D'un

(1) DURANTON, t. 11, n° 117. — *Contrà*, ZACHARIÆ, t. 2, p. 367, n[te] 24, 1[re] édit., et t. 4, p. 164, n[te] 24, 4[e] édit.

autre côté, nous avons vu que l'état de déconfiture faisait déchoir du terme conventionnel; à plus forte raison, est-il une cause de forclusion ou de déchéance, lorsqu'il s'agit du terme de grâce. Car il est plus rigoureux de modifier la convention, en rendant l'obligation immédiatement exigible, qu'il n'est inhumain de refuser ou d'ôter un sursis de faveur pour une obligation échue.

Nous concluons donc, en termes généraux et absolus, que toutes les causes de déchéance qui empêchent le débiteur d'invoquer le terme conventionnel, l'empêchent également, et à plus forte raison, d'obtenir un délai de grâce, ou de jouir de celui qui lui aurait été accordé. Nous renvoyons, en conséquence, à notre commentaire de l'article 1188.

35. Quoi qu'il en soit, nous ne croyons point que, si le débiteur dont la dette a été divisée en plusieurs pactes successifs en laisse passer un sans payer, il soit déchu du délai de grâce pour les autres termes (1). Ce cas ne rentre, en effet, dans aucune des causes prévues de déchéance. Or, toute déchéance est de droit étroit et ne peut être étendue hors de ses termes. En vain dit-on que les juges n'auraient pas accordé ces délais au débiteur, s'ils avaient prévu qu'il ne payerait pas exactement. C'était à eux de le dire formellement dans leur décision. Leur silence ne saurait être suppléé dans le sens d'une disposition aussi rigoureuse.

36. Le créancier n'a pas besoin de faire prononcer préalablement la déchéance. Il n'a qu'à poursuivre son débiteur, dont l'exception de délai, s'il l'oppose, sera alors appréciée et jugée.

Mais la déchéance, comme le bénéfice du terme de grâce, est toute personnelle, les causes en étant attachées à la personne. Un délai de grâce peut donc être accordé à l'un

(1) *Contrà*, Toullier, t. 6, nº 671. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 527.

des débiteurs solidaires et être refusé aux autres, ou bien, accordé à tous, être différent à l'égard de chacun d'eux. Le bénéfice en est alors tout personnel à celui ou à ceux qui l'ont obtenu, et la déchéance est également personnelle; de telle sorte que, dans ce dernier cas, les autres codébiteurs continuent de jouir du délai, soit vis-à-vis du créancier pour le payement de la dette, soit vis-à-vis de leur consort, quant à l'exercice de son recours contre eux, lorsqu'il est déchu du délai obtenu ou de la faculté de l'obtenir. Ceci résulte des dispositions de l'article 1201, d'après lesquelles l'un des débiteurs solidaires peut avoir pris un terme qui n'est pas accordé à l'autre.

Néanmoins, lorsqu'un délai de grâce a été accordé à l'un des codébiteurs, les autres en profitent, en ce sens que le créancier ne peut les poursuivre avant l'échéance du terme que sous la déduction de la part contributive dans la dette de celui qui a obtenu un sursis. S'ils étaient, en effet, poursuivis pour le tout, le recours qu'ils sont fondés à exercer immédiatement contre leur consort lui enlèverait le bénéfice du délai de grâce. Le créancier doit donc n'exercer contre eux aucune poursuite qui tendrait, par son résultat, à le priver indirectement du terme qui lui a été accordé. Mais il serait fondé à agir, abstraction faite de toute concession de délai, si le délai n'avait été accordé, contradictoirement avec toutes parties, qu'en ce qui concerne l'action en recours de chaque codébiteur entre ses consorts, et nullement en ce qui touche son action principale en payement, ou bien s'il avait été concédé par rapport à l'une et l'autre action, seulement en faveur du codébiteur qui l'aurait obtenu.

Quant au délai conventionnel, nous renvoyons à notre commentaire de l'article 1188 (1).

Nous en disons autant des cautions entre elles. Cependant, comme le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par

(1) N° 23.

le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, et qu'il est réductible à la mesure de l'obligation principale (2013), la caution profite du terme de grâce accordé au principal obligé. Autrement, il serait sans utilité pour ce dernier, sur le recours immédiat de la caution contre lui.

Mais si le jugement qui accorde ce délai avait entendu l'accorder au débiteur, moins dans ses rapports avec le créancier, en ce qui concerne le payement de la dette, que dans ses rapports avec la caution, en ce qui touche l'exercice du recours de cette dernière, cette décision, rendue contradictoirement avec toutes parties, devrait être exécutée. Et il en résulterait que le créancier, à l'égard duquel il n'existe aucun terme de grâce, pourrait exiger le payement, soit du débiteur ou de la caution, et que cette dernière, malgré la subrogation légale, serait tenue de surseoir à l'exercice de son recours contre l'obligé principal.

Ou bien encore la décision pourrait être formulée en ce sens, que le créancier doit surseoir aux poursuites contre le principal débiteur, mais qu'il est autorisé à agir de suite contre la caution, sauf à cette dernière à surseoir elle-même à ses poursuites en recours. Il y a, en effet, autant d'actions particulières dans lesquelles peut trouver place la concession d'un délai de grâce.

Si, dans cette dernière hypothèse, le délai accordé au débiteur principal était plus long, vis-à-vis du créancier; qu'il fût de six mois, par exemple, tandis que celui qui lui est accordé vis-à-vis de la caution est de quatre mois seulement, cette dernière profiterait de la différence, et le créancier ne pourrait la poursuivre avant le terme de deux mois. Car une poursuite immédiate de sa part contre la caution aurait pour résultat, ou de priver le débiteur principal de la partie correspondante du délai de grâce, ou de proroger le sursis qui a été imposé à la caution; double résultat qui est également injuste, et ne peut être évité qu'en considérant la différence des deux délais comme un terme de grâce virtuellement accordé à la caution.

Mais on comprend que c'est un point sujet à interprétation, et subordonné soit aux termes du jugement, soit aux circonstances de la cause.

La caution peut, d'ailleurs, obtenir un délai qui serait refusé à l'obligé principal, ou obtenir un délai plus étendu, parce que le cautionnement peut être contracté sous des conditions moins onéreuses (2013). Alors le débiteur principal n'en profite point.

Quant à la déchéance du terme de grâce, elle est ici toute personnelle; et, sous ce rapport, il y a une différence entre le délai de grâce et le délai conventionnel (1). Cette différence tient à la nature et aux causes du sursis de faveur, qui s'accorde sur des considérations personnelles, puisées en dehors des termes de la convention, et qui ne peuvent, par conséquent, s'étendre d'une personne à une autre. Si la caution répond du fait de l'autre obligé, elle en répond seulement pour ce qui est du terme conventionnel, et elle n'est pas censée pour cela avoir renoncé à une faveur fondée sur la considération de sa position personnelle, faveur à laquelle la déchéance même de son consort ne fait que lui donner plus de droit. Il s'ensuit que, bien qu'elle soit déchue, par le contrecoup du fait du principal obligé, de tout délai conventionnel, elle n'est cependant pas déchue du droit d'obtenir un délai de grâce, si sa position l'en rend personnellement digne.

37. Quant aux tiers qui interviennent, comme intéressés ou non, pour payer en l'acquit du débiteur, soit dans les termes de l'article 1236, soit en vue d'obtenir la subrogation conventionnelle ou légale, un délai peut leur être accordé pour effectuer le payement, quand bien même le débiteur ne serait pas lui-même en état d'en obtenir un. Les juges n'ont alors qu'à apprécier les circonstances, avec plus ou moins de rigueur, suivant les cas. Et le débiteur ne laissera pas de jouir indi-

(1) Voy. art. 1188, n° 22.

rectement du bénéfice de ce délai, selon les hypothèses, par exemple, lorsque le tiers fait des offres pour arrêter une action en résolution. Mais, s'il s'agissait de simples poursuites en payement, et qu'il fût personnellement déchu de tout droit à un délai de grâce, les juges, en accordant un sursis en faveur du tiers, n'auraient qu'à autoriser la continuation des poursuites contre lui. Telle est la rigueur du droit qui, le plus souvent, est tempérée dans la pratique.

Article 1245.

Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

Sommaire.

1. Le débiteur est libéré par la remise de la chose déterminée et certaine, en l'état où elle se trouve.
2. *Quid,* en cas de mise en demeure,
3. Et de vol?
4. Il doit céder les actions en indemnité.
5. *Quid,* si le débiteur est en faute ou en demeure?
6. Il n'est pas toujours libéré par le cas fortuit ou la force majeure.

COMMENTAIRE.

1. Le débiteur d'un corps certain et déterminé doit le livrer dans l'état où il se trouve au moment où l'obligation a été contractée. Ce principe, consacré par l'article 1614, n'est pas spécial à la vente, il est commun à toute espèce de contrats. Nous en disons autant de l'obligation où est le débiteur de délivrer la chose avec ses accessoires, et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (1615).

D'autre part, il est libéré par la remise de la chose dans l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure (1245).

Cette disposition n'est que l'application des principes du droit commun, en ce qui concerne la responsabilité des fautes et l'extinction des obligations par la perte de la chose due, à l'égard du débiteur (1).

2. Cependant, lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, il est libéré en livrant la chose dans l'état où elle se trouve, si les détériorations fussent également survenues chez le créancier, en cas que la chose lui eût été livrée (2).

3. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix (1302). Cette disposition exorbitante doit être restreinte, dans son application, au cas de perte, et ne pas être étendue au cas de simples détériorations, en ce sens que le débiteur est alors admis à prouver qu'elles fussent également arrivées chez le créancier (3).

4. Mais si le débiteur, la chose s'étant détériorée sans sa faute, avait quelque action en indemnité par rapport à cette chose, il devrait les céder à son créancier (1303).

5. Si le débiteur s'est chargé des cas fortuits, ou s'il n'établit pas que les détériorations ne viennent point de son fait ou de sa faute, ou si, étant en demeure avant leur événement, il ne prouve point quelles fussent également arrivées chez le

(1) Voy. art. 1136, 1137, 1302.

(2) Duranton, t. 12, n° 96. — Zachariæ, t. 2, p. 361, nte 6, 1re édit., et t. 4, p. 158, nte 6, 4e édit.

(3) Voy. art. 1302, n° 14.

créancier, il n'est point libéré de son obligation. Mais voici en quel sens : c'est-à-dire que le créancier peut exiger la délivrance de la chose dans l'état où elle se trouve, et, en outre, des dommages et intérêts, à raison des dégradations survenues, ou bien demander, d'après la nature de l'engagement, la résolution du contrat avec dommages et intérêts, suivant les circonstances. Il y a, en un mot, de la part du débiteur, inexécution de ses engagements, avec toutes les conséquences de droit qui y sont attachées.

6. Dans le cas où les détériorations sont le résultats de cas fortuits, le débiteur n'est pas toujours libéré en livrant la chose dans l'état où elle se trouve. Ainsi, en cas de bail (1722), le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résolution même du bail ; mais, dans l'un et l'autre cas, sans dédommagement. C'est que le bail, contrat successif, suppose la permanence de la chose dans le même état.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation de l'article 1245 se rattache à la théorie des fautes et des risques dont nous avons posé plus haut les règles générales, et indiqué les exceptions (1).

Article 1246.

Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce ; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

Sommaire.

1. Si la chose due n'est déterminée que quant à son espèce, le débiteur ne la doit pas de la meilleure espèce ; il ne peut l'offrir de la plus mauvaise.
2. Il doit se renfermer dans les limites du genre convenu.

(1) Voy. art. 1137, 1138 et 1182.

3. L'article 1246 s'applique aux choses fongibles.
4. Il ne s'applique pas en matière de prêt.
5. *Quid*, s'il s'agit de choses qu'on est dans l'habitude de goûter?
6. Suite.
7. Des obligations dont le payement consiste en une somme d'argent.
8. Le débiteur doit payer en espèces métalliques. Billets de banque,
9 De l'appoint en monnaie de billon.

COMMENTAIRE.

1. Comme, dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation (1162), on serait tenté de croire que si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur est libéré en donnant une chose de l'espèce la plus mauvaise. Car, après tout, il donne une chose de l'espèce convenue, et, quelle qu'en soit la qualité, il doit être censé avoir par là satisfait à son obligation.

Mais cette interprétation est ici repoussée par les plus simples notions du bons sens. Par cela même, en effet, que les parties n'ont déterminé la chose due que par la désignation de son espèce, elles sont censées être convenues qu'elle aurait, non-seulement les qualités élémentaires et générales qui servent à la classer dans tel ou tel genre, mais encore les qualités communes et moyennes qui caractérisent la majorité de son espèce. Le débiteur ne pourra donc pas offrir une chose de l'espèce la plus mauvaise (1246).

Réciproquement, et par les mêmes raisons de justice et d'équité, il n'est pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce (1246). Il suffira donc, pour sa libération, qu'il donne une chose qui réunisse, au degré ordinaire, les qualités communes et moyennes des choses appartenant au même genre.

Et ce principe est commun aux obligations qui résultent de dispositions testamentaires, et à celles qui naissent des contrats (1022).

2. Il convient, toutefois, de faire attention à ce point important : c'est que, si le débiteur n'est pas tenu d'offrir la chose de la meilleure espèce, et s'il ne peut l'offrir de la plus mauvaise, il doit se renfermer dans ces limites de juste milieu, eu égard à la spécialité même du genre convenu. Ainsi, vous me devez un cheval ; rien n'indiquant, d'ailleurs, quelle espèce de cheval, vous serez libéré en me livrant un cheval de selle ou de trait, pourvu qu'il réunisse, au degré commun, les qualités ordinaires. Mais si vous me devez un cheval de selle, vous devrez me livrer un cheval ayant les qualités communes et nécessaires à la fin proposée, sans qu'il soit de la meilleure comme de la plus mauvaise espèce. De même, s'il s'agit d'un cheval de trait.

Mais une foule de circonstances modifient généralement dans la pratique l'application rigoureuse du principe. Il faut, en effet, le plus souvent, consulter la position du créancier, le but qu'il s'est proposé, les circonstances et les conditions du contrat, l'équivalent stipulé par le débiteur, en un mot, les divers éléments qui peuvent fixer sur la véritable intention des parties. Ce ne sera plus, dès lors, une chose seulement de moyenne espèce, ni de l'espèce la meilleure, ni de l'espèce la plus mauvaise, mais une chose conforme à la volonté des contractants, qui pourra, conséquemment, être d'une espèce au-dessus ou au-dessous de la moyenne. Les juges auront ainsi à déterminer, suivant les règles générales d'interprétation, le degré de bonté que la chose devra offrir pour répondre à la commune intention des parties.

3. L'article 1246 n'a pas seulement en vue les choses qui, quoique de même espèce, diffèrent néanmoins dans l'individu, mais encore les choses fongibles de leur nature, telle que le vin, le blé, etc... ; et, dans ce cas, il faut encore bien faire attention à la spécialité même du genre convenu, par exemple, s'il s'agit de vin ou de blé, au cru et au terroir.

4. S'il s'agit même d'un payement qui ne soit que le rem-

boursement d'un prêt de consommation, le débiteur est tenu de rendre les choses prêtées en même quantité et qualité (1902, 1897).

5. Alors même qu'il s'agit de choses fongibles, il ne suffit pas toujours au débiteur, pour être libéré, de donner une chose d'une qualité intermédiaire entre la plus mauvaise et la meilleure. S'il s'agit de vin, d'huile, ou d'autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il ne suffira pas, dans tous les cas, que les choses offertes soient de qualité commune, loyale et marchande.

La loi n'exige sans doute point davantage, lorsque ces choses sont destinées à entrer dans le commerce. Le créancier ne saurait demander qu'elles réunissent d'autres qualités que celles qui sont exigées par le goût commun des consommateurs.

Mais si elles ont été stipulées par quelqu'un qui n'entend nullement en faire le commerce, et veut les avoir pour sa consommation personnelle, il faut alors consulter le goût particulier du créancier. En vain le débiteur offrirait-il des choses d'une qualité commune, loyale et marchande ; si le créancier ne les agrée pas, il doit se soumettre aux caprices de son goût personnel, y eût-il même un peu de dépravation (1).

Il ne faut, cependant, rien outrer. Si les juges doivent faire la part du goût légitime et permis, jusque dans ses caprices, pourvu qu'ils ne dépassent pas une certaine mesure, ils ne lui doivent aucune satisfaction dans son humeur, ses aberrations, et surtout sa mauvaise foi. C'est alors ramener le créancier à la raison, que de le soumettre lui-même au goût commun des consommateurs.

6. Outre les diverses circonstances de fait qui peuvent faire

(1) Pothier, *Vente*, n° 311. — Zachariæ, t. 2, p. 485, 1re édit., et t. 4, p. 334, 4e édit. — Troplong, *Vente*, nos 96 et suiv. — Duranton, t. 16, n° 93.

supposer que le créancier, alors même qu'il ne les a pas encore goûtées, a tacitement accepté et agréé les choses, il arrive souvent qu'il abdique, en contractant, son goût personnel, pour s'en rapporter de confiance à celui de son débiteur, à sa bonne foi, à son discernement et à son choix.

J'envoie, par exemple, une voiture en Berry prendre du vin chez mon vigneron d'habitude. Il me sert de son mieux, ou est censé le faire. Pourvu que le vin réunisse les qualités communes et moyennes, eu égard au cru de cette qualité, n'allât-il pas à mon goût, je serai obligé de m'en contenter, sauf à ne plus y revenir.

J'en dis autant du cas où je demande une caisse de tant de bouteilles de champagne, de bourgogne ou de bordeaux. Il suffira que le vin ait les qualités ordinaires et communes, eu égard au prix que j'ai entendu y mettre.

7. Quant aux obligations dont le payement consiste en une somme d'argent, et où les espèces n'ont pas été considérées comme constituant des choses déterminées dans leur individualité, elles ne sont jamais que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit payer la somme numérique convenue, et ne doit payer que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement, sans distinguer si le débiteur a été ou non mis en demeure avant la variation légale de la valeur des espèces (1). Car la loi ne distingue point et ne peut distinguer.

Ce principe, applicable au prêt (1895), régit toute espèce d'obligations qui consistent en une somme d'argent. Les parties ne peuvent même stipuler le payement en sus d'une indemnité ou différence, dans le cas où la valeur légale de la monnaie viendrait à être modifiée par le souverain. Une pareille clause, qui semble prohibée par les termes restrictifs

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 91.

de l'article 1895, l'est encore et principalement comme contraire à l'ordre public (1).

C'est que dans les obligations dont le payement consiste en une somme d'argent, les parties n'ont considéré que la valeur représentative, et que les pièces de monnaie ne sont que le signe public de cette valeur. La monnaie n'appartient aux particuliers qu'à ce titre seul. Ce n'est pas comme monnaie qu'elle entre dans le commerce des échanges, mais seulement comme représentation légale d'une valeur signifiée. *In pecuniâ non corpora quis cogitat, sed quantitatem* (2); en fait d'argent, on ne considère pas les pièces de monnaie comme individus, mais comme expression de quantité.

Mais, s'il s'agissait de lingots, le payement devrait être fait en même quantité et qualité (1896, 1897). La matière est alors considérée autrement que comme signe légal de valeur.

8. Le débiteur doit payer en espèces métalliques, or ou argent, et non en valeurs de papier, quelles qu'elles soient, à moins que la loi n'ait attribué aux valeurs de cette dernière espèce un cours forcé; détestable mesure, à l'usage des révolutions, qui souvent aggrave le mal au lieu de le guérir. Mais le débiteur a le choix des espèces, à moins qu'il n'affecte, au préjudice du créancier, de le payer en menue monnaie (3), ou que la convention ne porte qu'il payera en telles espèces déterminées (4). Dans tous les cas, les espèces, soit qu'elles consistent en monnaie d'or ou d'argent, devront être prises au cours légal existant au moment du payement.

Consulté par le ministre de la justice sur la question de savoir si une lettre de change pouvait être payée en billets de

(1) POTHIER, *Prêt de consomption*, n° 37. — MERLIN, Rép., v° *Prêt*, n° 7. — TROPLONG, *Prêt*, n° 240. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 363, 1re édit., et t. 4, p. 159, 4e édit. — Voy. cep. DURANTON, t. 12, n° 93.

(2) L. 94, § 1, *ff. De solut.*

(3) TROPLONG, *Prêt*, n° 241. — TOULLIER, t. 7, n° 54.

(4) TROPLONG, *Prêt*, n° 243. — TOULLIER, t. 6, n° 587, et t. 7, n° 53.

banque, autrement que du consentement de celui qui en est porteur, le Conseil d'État fut d'avis, le 30 frimaire an XIV (21 décembre 1805), que la réponse à cette question ne pouvait souffrir aucune difficulté; que le porteur d'une lettre de change avait le droit d'exiger son payement en numéraire, et que les billets de banque, établis pour la commodité du commerce, n'étaient que de simple confiance. Aussi, en 1848, fallut-il un décret spécial (1) pour attribuer à ces billets le caractère de monnaie légale ayant cours forcé. Quel que soit donc l'usage qui en ait fait, surtout dans le commerce, une monnaie de circulation, cet usage ne saurait prévaloir sur la loi, et le porteur d'un effet de commerce peut en exiger le payement dans la monnaie qu'il indique, soit que le débiteur offre ou n'offre point de tenir compte de la dépréciation que les billets peuvent éprouver, par suite de la différence du change sur les places où la Banque n'a point de succursale. Le créancier peut donc, sans s'arrêter aux offres de payement faites ainsi en billets de banque, pour la totalité ou pour partie, passer outre aux actes de protêt, de mise en demeure et de poursuites (2).

Les mêmes règles s'appliquent aux dettes simplement civiles. Mais nous pensons en même temps que sous l'empire d'une loi qui, comme le décret du 15 mars 1848 et la loi du 12 août 1870, aurait attribué aux billets de banque un cours légal et forcé, tous payements pourraient être faits en cette monnaie de papier, nonobstant toute stipulation contraire. Car, la loi, dans un intérêt public, s'élève précisément contre cette liberté des conventions qui ne ferait qu'aggraver, si elle était consacrée, les désastres des crises monétaires (3).

9. Quant à la monnaie de cuivre et de billon, un décret du

(1) Du 15 mars 1848, abrogé par la loi du 6 août 1850.

(2) Cass., 7 avril 1856. Sirey, 57, 1, 103.

(3) Aix, 23 nov. 1871. Sirey, 72, 2, 161. — Cass., 11 fév. 1873. Sirey, 73, 1, 97. — *Contrà*, Douai, 8 mars 1872. Sirey, 72, 2, 161.

18 août 1810 porte qu'elle ne pourra être employée dans les payements, si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint de la pièce de cinq francs, c'est-à-dire pour somme inférieure à cinq francs (1).

Et même quant aux pièces d'argent de cinquante et de vingt centimes dont la loi du 25 mai 1864 a réglé la fabrication au titre abaissé de huit cent trente-cinq millièmes d'argent, elles ne peuvent, suivant l'article 5, entre particuliers, être employées dans les payements, si ce n'est de gré à gré, que pour vingt francs et au-dessous. Mais elles sont reçues dans les caisses publiques, quelle qu'en soit la quantité. Enfin la loi du 16 juillet 1866 qui règle la fabrication de nouvelles pièces de 2 francs, de 1 franc, de 50 centimes et de 20 centimes au titre de 835 millièmes, dispose, par son article 5, que les nouvelles pièces d'argent fabriquées en vertu de la dite loi et en vertu de la loi du 25 mai 1864, n'auront cours légal entre les particuliers que comme monnaies d'appoint, et seulement jusqu'à concurrence de 50 francs pour chaque payement; mais qu'elles seront reçues dans les caisses publiques sans limitation de quantité.

ARTICLE 1247.

Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. — Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur.

(1) TOULLIER, t. 7, n° 54. — FAVARD, v° *Monnaie*, sect. 1, n° 10. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 362, n[te] 8, 1[re] édit., et t. 4, p. 158, n[tes] 7 et 8, 4[e] édit. — Cass., 13 juillet 1860. SIREY, 60, 1, 1020.

Sommaire.

1. Le lieu du payement doit être considéré par rapport à chaque personne qui en est tenue.
2. Le payement doit se faire au lieu désigné par la convention,
3. Ou par un acte ultérieur.
4. Le débiteur ne peut offrir, ni le créancier exiger ailleurs.
5. Si plusieurs lieux sont conjointement indiqués, le payement se divise. S'ils le sont alternativement, il se fait pour le tout à l'un ou à l'autre.
6. A défaut de lieu désigné, il se fait au lieu où était la chose.
7. *Quid,* si le domicile du créancier, indiqué pour le payement, est transféré ailleurs?
8. Hors ces deux cas, le payement se fait au domicile du débiteur.
9. Exceptions.
10. Distinctions en matière de prêt.
11. Importance de la détermination du lieu où doit se faire le payement.
12. Il faut distinguer le lieu où doit être fait le payement, de celui qui a été élu pour l'exécution.

COMMENTAIRE.

1. L'article 1247 s'occupe du lieu où le payement doit être effectué. Mais, avant d'en présenter le commentaire, nous devons faire une observation générale qui en domine les dispositions. Chaque payement doit, en effet, être particulièrement considéré par rapport à la personne qui en est tenue. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, par lequel les contractants s'obligent les uns à l'égard des autres, il y a des obligations respectives dont le payement est, en ce qui concerne chacune d'elles, régi spécialement par les dispositions de notre article. Il convient donc d'examiner isolément chaque obligation et chaque payement qui doit y correspondre, au point de vue de leur application distincte et séparée. Telles sont, dans le cas de vente, les obligations respectives du vendeur et de l'acquéreur.

2. Ceci posé, voyons les dispositions de l'article 1247. Le

payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention (1247). La désignation d'un lieu déterminé fait alors partie intégrante de la convention même. A ce titre, elle doit être convenue, c'est-à-dire acceptée par toutes parties. Si l'une d'elles n'y avait pas donné son consentement exprès ou tacite, elle serait réputée non avenue, ni le débiteur ni le créancier ne pouvant imposer à l'autre partie l'obligation de recevoir ou de payer dans un lieu qui n'aurait pas été agréé par elle.

La désignation d'un lieu pour le payement doit, sans doute, être contractuelle ; mais il n'est pas absolument essentiel qu'elle soit expresse. Les juges peuvent la faire résulter des diverses circonstances propres à indiquer l'intention des parties à cet égard. Un commencement d'exécution sera, sans contredit, l'un des principaux éléments d'interprétation.

3. Il est indifférent, du reste, que le lieu du payement soit indiqué par la convention ou par tout autre acte ultérieur.

4. Quand un lieu a été fixé pour le payement, le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir, ni le créancier contraindre le débiteur à payer ailleurs. Suivant les principes du droit romain, le créancier pouvait demander le payement à son débiteur ailleurs qu'au lieu convenu, en se faisant raison l'un à l'autre du dommage que l'un ou l'autre souffrait de ce que le payement ne se faisait pas au lieu désigné. Mais cette action (1) n'a jamais été d'usage en France (2).

5. Si deux lieux différents sont conjointement indiqués pour le payement, il doit alors se faire à chacun d'eux par moitié (3).

S'ils sont indiqués disjonctivement, le payement doit être fait en totalité à l'un ou à l'autre, au choix du débiteur (4).

(1) Voy. *ff.* tit. *De eo quod certo loco dari oportet.*
(2) Pothier, *Oblig.*, n°s 238 et 239.
(3) L. 2, § 4, *ff. De eo quod certo loco dari oportet.*
(4) Pothier, *Oblig.*, n° 241. — Toullier, t. 7, n° 89.

6. Si le lieu n'est pas désigné par la convention, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet (1247). La loi, se conformant alors aux présomptions les plus naturelles, suppose qu'il a été dans l'intention des parties, l'une de livrer, et l'autre de recevoir la chose, au lieu même où elle se trouve au moment où elles contractent. Ce sont, dans ce cas, pour l'une comme pour l'autre, un droit et une obligation, soit de l'y recevoir, soit de l'y livrer. Ainsi, en cas de vente, la délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu (1609).

7. Si les parties avaient désigné le domicile du créancier, et que ce dernier transportât ailleurs son domicile d'une manière préjudiciable au débiteur, Pothier (1) pense que ce dernier serait en droit d'exiger que le créancier fît élection de domicile à son ancienne résidence pour y recevoir payement, parce que les parties sont censées avoir eu en vue le domicile actuel au moment du contrat, et que le créancier ne peut rendre pire la condition de son débiteur par son propre fait. Du moins, ce dernier pourrait se faire indemniser des frais de remise.

8. Hors les deux cas que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire celui où le lieu du payement a été désigné par la convention, et celui où il s'agit d'un corps certain et déterminé, le payement doit être fait au domicile du débiteur (1247). Le silence des parties sur ce point doit s'interpréter en faveur de ce dernier.

Par domicile du débiteur, il faut entendre son domicile actuel, au moment où le payement doit être fait (2). Cependant,

(1) *Oblig.*, n° 513.
(2) Zachariæ, t. 2, p. 366, nte 15, 1re édit., et t. 4, p. 162, nte 15.

si le débiteur avait transporté ailleurs son domicile, de telle sorte qu'il en résultât un déplacement onéreux pour le créancier, ce dernier pourrait exiger que le payement fût fait au lieu où le débiteur avait son domicile au moment de la convention. Car il n'est pas présumé s'être soumis, d'une manière absolue, à tous les changements de domicile qu'il plairait au débiteur d'opérer; changements qui pourraient lui causer préjudice, soit par l'influence qu'ils ont sur la valeur des choses dues, soit par les frais et les embarras du recouvrement (1). Le créancier serait, du moins, en droit de se faire indemniser par le débiteur, des dépenses et des pertes que lui aurait occasionnées ce payement lointain.

Ce droit accordé au débiteur de payer à son domicile lui est éminemment favorable, et il n'est pas censé facilement y avoir renoncé. Ainsi, parce qu'il aura payé un à-compte au domicile du créancier, on ne doit pas supposer qu'il a renoncé au droit de payer le surplus à son propre domicile (2).

9. Mais cette disposition pose seulement une règle générale, limitée par plusieurs exceptions que nous devons indiquer.

Ainsi, en matière de dépôt, si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt (1943), c'est-à-dire dans le lieu même où se trouve actuellement la chose déposée, quoique ce ne soit plus celui où elle était au moment du contrat, et que le dépositaire l'ait transportée ailleurs sans mauvaise intention (3).

Il doit sans doute en être de même en cas de gage, le gage n'étant dans les mains du créancier qu'un dépôt assurant le privilége de celui-ci (2079). La restitution s'en fera donc dans le lieu même où il se trouve actuellement.

Quant au prix de vente, si la convention ne règle ni le temps

(1) Duranton, t. 12, nº 101.

(2) Bordeaux, 17 juill. 1846. Sirey, 48, 2, 431.

(3) Pothier, *Dépôt*, nº 57. — Duranton, t. 18, nº 67. — Troplong, *Dépôt*, nº 168.

ni le lieu du payement, l'acquéreur doit le payer au lieu où doit se faire la délivrance (1651). C'est qu'alors le prix doit être payé comptant, contre réception et délivrance de la chose. Mais si le vendeur ne l'exige pas, s'il suit la foi de l'acquéreur, le prix est payable au domicile de ce dernier. On rentre alors dans la règle commune.

10. En matière de prêt, nous distinguerons d'abord si les choses prêtées, avec ou sans intérêt, consistent en denrées et autres choses fongibles. L'article 1247 nous paraît alors inapplicable, et le payement doit s'effectuer, non au domicile du débiteur, mais au lieu où l'emprunt a été fait. L'article 1903 conduit directement à cette conséquence, en obligeant le débiteur qui ne peut rendre la chose prêtée en même qualité et bonté, à en payer la valeur au prix du temps et du lieu où l'emprunt a été fait. Il reconnaît ainsi, implicitement, que le payement doit se faire en ce lieu-là, lorsque la convention n'en détermine pas d'autre. Nous ajoutons que le lieu où l'emprunt a été fait est celui où était la chose lorsqu'elle a été livrée à l'emprunteur. Autrement, si l'on appliquait les dispositions de l'article 1247, on arriverait à des résultats iniques, tantôt envers le prêteur, tantôt envers l'emprunteur, à raison de la différence de valeur qui existe pour la même chose dans tel ou tel autre lieu (1).

Si le prêt consiste en une somme d'argent, et que des intérêts aient été stipulés, il n'y a pas de raison pour s'écarter des dispositions de l'article 1247. Le débiteur payera à son domicile (2).

Mais s'il s'agit d'un commodat, le payement doit être fait au lieu où était la chose lorsqu'elle a été livrée. La gratuité du contrat ne doit pas tourner au préjudice du prêteur, et l'on ne

(1) POTHIER, *Prêt de consompt.*, nº 46. — TROPLONG, *Prêt*, nºs 275 et suiv. — DURANTON, t. 17, nº 585, et t. 12, nº 98.

(2) POTHIER, *ibid*, nº 43. — TROPLONG, *Prêt*, nº 280. — DURANTON, t. 17, nº 586, et t. 12, nº 98.

peut raisonnablement supposer qu'il a entendu se soumettre aux embarras et aux frais d'un déplacement (1).

Nous en disons autant du prêt fait gratuitement sans intérêt. Le bienfait ne saurait être onéreux au bienfaiteur (2).

Pothier (3), citant Dumoulin, pense même qu'il suffit que le créancier et le débiteur soient peu éloignés l'un de l'autre, habitent, par exemple, la même ville, et que la dette consiste en une chose qui peut être aisément portée et envoyée sans frais chez ce créancier, pour que le payement doive se faire chez ce dernier. Le débiteur, dit-il, doit en ce cas à son créancier cette déférence qui ne lui coûte rien. Mais il ne faut pas en abuser, et substituer ainsi une question de déférence à une règle de droit.

Les dispositions de l'article 1247, quelque rigoureuses qu'elles semblent dans leurs termes, ne sont point, en effet, tellement absolues, qu'elles ne doivent jamais fléchir devant les circonstances particulières qui, par une saine interprétation de la volonté des parties, établissent que le lieu du payement est autre que le domicile du débiteur. Les tribunaux ont donc à cet égard une certaine faculté d'appréciation, afin de concilier avec le respect dû à la règle générale du droit, le respect également dû à l'intention présumée des parties contractantes, qui est leur loi privée (4).

11. Il est fort important de déterminer le lieu où le payement doit être fait. Car la détermination de ce lieu est, avec celle du temps, l'élément principal de la fixation de la valeur de la chose, et du montant des dommages et intérêts qui peuvent être dus, lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de payer en nature. C'est ce lieu, par exemple, qui sert, avec le

(1) Duranton, t. 12, n° 98.
(2) Troplong, *Prêt*, n° 280.
(3) *Oblig.*, n° 513.
(4) Duranton, t. 17, n° 586. — Troplong, *Prêt*, n° 280. — Toullier, t. 7, n° 93.

temps, à déterminer le prix principal, productif d'intérêt du jour de la demande en justice, des choses fongibles prêtées, que le débiteur ne peut rendre en même qualité et quantité (1903, 1094). La valeur des choses varie, en effet, indépendamment des autres circonstances qui ont une influence générale, suivant les temps et les lieux. Une chose vaut plus ou moins tel jour que tel autre, en tel lieu qu'en tel autre. Cette variation de valeur peut être ainsi une cause de dommages et intérêts qu'il s'agit d'évaluer.

Et ces dommages et intérêts, lorsqu'ils seront alloués, feront eux-mêmes partie intégrante de la valeur de la chose, puisqu'ils se confondront avec la plus-value que cette chose aura obtenue, au moment de la mise en demeure du débiteur, ou de l'introduction de l'instance, ou enfin de la condamnation. Car c'est cette différence de la plus-value qui représente le dommage causé au créancier, lorsqu'un dommage lui a été réellement causé, sans préjudice même de plus amples dommages et intérêts, suivant les cas.

12. Il ne faut point confondre le lieu où doit être fait le payement avec celui qui a été élu pour l'exécution de la convention. L'article 1258, n° 6, fait entrevoir lui-même la différence qui existe entre eux. Le premier n'a trait qu'à l'œuvre matérielle de payement, sans attribuer au tribunal du lieu où le payement doit être fait aucune juridiction pour connaître de l'action et des poursuites, du moins en matière civile; car, en matière commerciale, il y a les dispositions exceptionnelles de l'article 420, C. pr. (1).

Le second, au contraire, sans indiquer par lui-même le lieu où le payement doit être effectué, détermine celui où les offres, les poursuites, les significations pourront être exécutées valablement. Ainsi, les poursuites s'exécuteront dans un lieu, et le payement dans un autre, à moins qu'il ne résulte des cir-

(1) Toullier, t. 7, n° 86.

constances et de l'interprétation du contrat, que les parties, en faisant élection d'un lieu pour l'exécution de l'acte, ont entendu en faire également le lieu du payement.

ARTICLE 1248.

Les frais du payement sont à la charge du débiteur.

Sommaire.

1. Les frais du payement sont à la charge du débiteur.
2. Les frais divers d'enlèvement sont à la charge du créancier.
3. Exceptions. Tutelle. Dépôt.
4. Dans une dation en payement, les frais d'enregistrement sont à la charge du créancier.
5. Frais de quittances à la charge de l'adjudicataire ou débiteur, en matière d'ordre ou de contribution.
6. De la passe du sac.

COMMENTAIRE.

1. Par une suite naturelle et nécessaire de l'obligation du débiteur, les frais de payement sont à sa charge (1248), à moins qu'il n'en ait été autrement convenu par les parties.

Ainsi, le déplacement de la chose due, l'envoi des fonds, le mesurage, le pesage, le comptage, l'arpentage, en un mot, tous les actes préalables et indispensables à la délivrance et au payement, sont à la charge personnelle du débiteur. Nous retrouvons ce principe consacré en matière de vente (1608).

Les frais de quittance publique ou privée, quand il en exige une, sont également de droit à sa charge (1), alors même que, le créancier ne sachant point signer, il est réduit à la nécessité d'en prendre une notariée (2). Les termes de la loi n'admettent, en effet, aucune distinction.

(1) Riom, 18 juin 1879. SIREY, 79, 2, 253.
(2) Voy. cep. TOULLIER, t. 7, n° 95.

2. Quant aux frais de l'enlèvement, la délivrance une fois opérée, ils sont à la charge du créancier. Cette règle, que l'article 1608 applique à la vente, est applicable à tous les contrats commutatifs. Tels sont les frais d'emballage, de mise en caisse, en ballots, en sacs, d'expédition, de transport. Le créancier destinataire est tenu de les acquitter.

Il doit également acquitter personnellement les taxes et perceptions fiscales, telles que droit d'enregistrement, de timbre, de transcription. C'est, en quelque sorte, la consécration fiscale du droit qui lui est transmis. Ainsi, les frais d'acte et autres, accessoires à la vente, sont à la charge de l'acheteur (1593).

Quant aux droits qui grèvent la chose due dans son mouvement et sa circulation, ils sont à la charge du créancier, c'est-à-dire de celui à qui elle doit être livrée. Ainsi, il devra acquitter les droits de circulation, d'octroi, d'entrée. Car ces impôts, établis sur la consommation, sont précisément destinés à atteindre le créancier ou consommateur.

Il ne suffirait même pas, pour les mettre à la charge du débiteur, qu'il se fût chargé de faire conduire et transporter la chose en tel endroit. Les frais de transport et de conduite sont, en effet, différents des contributions fiscales. L'obligation du débiteur ne doit donc pas être étendue hors de ses termes; et, si la chose doit être livrée franche de port, elle ne doit pas l'être franche des autres droits dont elle est grevée dans son mouvement et sa circulation.

Cependant, si celui qui la doit s'est chargé de la livrer en tel endroit, moyennant tel prix, on devrait présumer qu'il s'est engagé, moyennant ce prix, à la livrer en cet endroit, franche et quitte de tous droits de transport et autres. Les tribunaux auront, au surplus, à interpréter la convention par toutes les circonstances propres à les éclairer sur la commune intention des parties. Ils examineront, notamment, l'usage des lieux, les habitudes des personnes, le lieu de la délivrance, la fixation du prix.

3. La règle générale posée dans l'article 1248 est limitée par quelques exceptions. Ainsi, le compte de tutelle est rendu aux dépens du mineur (471), sans distinguer si, en fin de compte, il est débiteur ou créancier. La tutelle est, en effet, une charge imposée au tuteur dans l'intérêt du mineur. Puisque la gestion lui profite, il doit supporter les frais du compte.

En matière de dépôt, s'il y a des frais de transport pour la restitution de la chose déposée, ils sont à la charge du déposant (1942). C'est que le dépôt a été fait à son avantage, et que le dépositaire, quoique débiteur quand il restitue, ne doit pas éprouver de dommage pour le service qu'il rend.

Nous rappellerons encore que la loi du du 3 septembre 1807 ne met à la charge du débiteur les frais d'enregistrement des promesses sous seing-privé, faits avant l'échéance, que lorsqu'il ne s'est point libéré après l'échéance ou l'exigibilité.

4. Un jugement, en prononçant sur la liquidation et le partage d'une succession, déclare l'un des héritiers débiteur envers l'autre d'une somme de dix mille francs, pour restitution de fruits, et autorise, en même temps, le cohéritier créancier à se faire délivrer des biens héréditaires jusqu'à concurrence des dix mille francs, à dire d'experts, à défaut de payement dans le délai fixé. A l'échéance, pas de payement. Le cohéritier créancier se fait donc délivrer des corps héréditaires, suivant expertise. Comment se distribueront entre les parties les frais de cette opération?

Il y a, au fond, une véritable dation en payement, d'après laquelle on doit régler la position des parties, comme s'il y avait un contrat librement et volontairement consenti par-devant notaires, à titre de vente de la part du débiteur, et à titre d'achat de la part du créancier, compensation faite du prix dû à l'un avec la créance de l'autre. Les frais devront donc être ainsi distribués : les frais d'instance, d'expertise, d'expédition des biens seront à la charge du débiteur ; car ces actes sont pour lui l'équivalent de la délivrance et de la quittance.

Quant aux droits d'enregistrement, ils sont à la charge du créancier, qui est acquéreur en définitive, et doit, à ce titre, les payer comme tout acquéreur ordinaire.

Qu'on ne dise pas qu'il n'aura l'équivalent en biens que sous la déduction des droits d'enregistrement qu'il aura acquittés. Car il achète effectivement, et quiconque achète est censé avoir en biens l'équivalent de son prix et des droits fiscaux par lui déboursés.

Que s'il n'a pas débattu lui-même le contrat, en ce qui concerne les biens donnés en payement, il l'a débattu par experts, c'est-à-dire par mandataires judiciaires, absolument comme s'il était convenu d'une expertise par contrat ordinaire.

Les experts ont d'ailleurs estimé sur le pied de la valeur vénale; c'est-à-dire qu'ils ont porté les biens au prix que le débiteur les aurait vendus, et que le premier venu les aurait achetés : D'où la conséquence, que le créancier n'éprouve aucune lésion en payant les droits d'enregistrement, et qu'il en ferait, au contraire, éprouver une à son débiteur en les laissant à sa charge.

5. A moins de stipulations particulières dans le cahier des charges, l'article 1248 reçoit son application à l'égard de l'adjudicataire qui paye les bordereaux de collocation. Les frais de payement et de quittances sont à sa charge; car il est débiteur, et, en payant, il se libère tant envers le saisi qu'envers les créanciers colloqués. Sur ce point, les articles 759 et 771, C. pr., ne contiennent aucune dérogation aux règles générales du droit commun (1).

Elles sont de même applicables, en cas de contribution, à la suite de saisie-arrêt ou de saisie mobilière. Le débiteur des deniers arrêtés ou du prix des ventes est tenu, en cette qualité, des frais de payement.

6. D'après un usage généralement adopté dans le commerce

(1) Besançon 17 déc. 1852. SIREY, 51, 2, 110.

et les caisses publiques, le débiteur fournit dans les payements en pièces d'argent, les sacs destinés à les contenir, et retient sur la somme la valeur des sacs et de la ficelle. Ce mode de payement des sacs a l'avantage de dispenser le créancier d'envoyer des sacs pour contenir les espèces, et de donner la facilité d'accélérer les payements. La retenue, faite ainsi sur celui qui reçoit, n'est qu'une avance de sa part, puisqu'il la prélève à son tour sur ceux à qui il paye. Néanmoins, cette retenue, dont l'objet n'est et ne doit être que d'indemniser les débiteurs de la dépense des sacs, pourrait faire naître des abus et dégénérer en spéculation de bénéfice, si l'on faisait payer les sacs plus qu'ils n'ont coûté, et si l'on permettait de l'opérer lors même qu'on ne fournit pas les sacs. En conséquence, un décret du 1er juillet 1809 a établi à ce sujet des règles fixes et générales.

Art. 1er. — Le prélèvement qui sera fait par le débiteur sous le nom de passe de sacs, en remboursement de l'avance faite par lui des sacs contenant les espèces qu'il donne en payement, ne pourra avoir lieu que dans les cas et aux taux exprimés dans les articles suivants.

Art. 2. — Dans les payements en pièces d'argent de sommes de cinq cents francs et au-dessus, le débiteur est tenu de fournir le sac et la ficelle ; les sacs seront d'une dimension à contenir au moins mille francs chacun ; ils seront en bon état et faits avec la toile propre à cet usage.

Art. 3. — La valeur des sacs sera payée par celui qui reçoit, ou la retenue exercée par celui qui paye sur le pied de quinze centimes par sac.

Art. 4. — Le mode de payement en sacs et au poids, ne prive pas celui qui reçoit de la faculté d'ouvrir les sacs, de vérifier et de compter les espèces en présence du payeur.

Un décret, en date du 19 novembre 1852, à réduit à dix centimes le prix du sac. Il paraît qu'autrefois celui qui payait dans un sac douze cents, mille, six cents francs, pouvait exi-

ger pour le sac six, cinq ou trois sous (1). Les prix ont aujourd'hui baissé.

Le décret de 1809 n'est fait que pour les usages du commerce, de la banque et des caisses publiques. Cependant, comme il ne fait aucune distinction, tout débiteur, quel qu'il soit, semble tenu, si le créancier l'exige, de fournir le sac et la ficelle, moyennant la juste indemnité qui lui revient. Mais cette interprétation littérale de ses dispositions est contredite par les motifs mêmes sur lesquels le législateur les a fondées. Il en résulte qu'elles ne doivent recevoir d'application qu'à l'égard du commerce et des caisses publiques, et encore seulement dans les payements en pièces d'argent de sommes de cinq cents francs et au-dessus. Au surplus, ce droit de passe de sacs ne constitue point, comme on voit, des frais de payement proprement dits, mais uniquement une indemnité de dépense faite par celui qui paye, et dont profite celui qui reçoit.

Si le créancier qui reçoit payement fournit lui-même les sacs, le débiteur qui paye ne saurait le contraindre à prendre les siens. Le décret de 1809 fait bien, il est vrai, à celui qui paye une obligation de fournir le sac et la ficelle, mais il est naturellement sous-entendu que ce n'est qu'au cas où le créancier l'exige. Aussi, ne dit-il pas, corrélativement à l'obligation qu'il impose à l'un, que l'autre est réciproquement tenu de prendre et de payer le sac qu'on lui présente. De l'obligation qui lui est imposée, le payeur ne peut déduire en sa faveur un droit corrélatif et réciproque.

Celui qui reçoit a donc le droit de s'affranchir de la passe du sac, en fournissant lui-même les sacs nécessaires (2). Cette interprétation, fondée sur les termes du décret, est d'ailleurs conforme à son esprit. Le législateur a, en effet, voulu faci-

(1) Denizart, v° *Payement*, n° 28.

(2) Toullier, t. 7, n° 55. — *Contrà*, Favard, Rép., v° *Payement*, n° 6.

liter l'enlèvement des deniers de la part de celui qui reçoit, plutôt que leur délivrance de la part de celui qui paye. Or, du moment que le créancier porte avec lui ses sacs, l'application du décret devient sans objet, ou mieux encore, elle s'en ferait dans un sens inverse à l'intention du législateur, en faveur du débiteur contre le créancier.

§ II. *Du payement avec subrogation.*

Article 1249.

La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui les paye, est ou conventionnelle ou légale.

Sommaire.

1. Difficultés de la matière.
2. Définition de la subrogation.
3. Elle a essentiellement son principe dans un fait de payement.
4. Renvoi, quant aux différences qui la distinguent d'avec d'autres faits juridiques.
5. Subrogation réelle. Observation sur les actions universelles.

COMMENTAIRE.

1. On a beaucoup écrit sur la subrogation, dans le nouveau comme dans l'ancien droit : preuve incontestable des difficultés de la matière. Ses rapports avec d'autres faits juridiques, les points de ressemblance qui l'en rapprochent, les différences qui l'en séparent, les appréciations diverses et contradictoires de ses éléments et de ses effets, la subtilité des aperçus et des parallèles ; voilà certainement des occasions suffisantes d'erreur et de confusion.

2. Littéralement, la subrogation est la substitution d'une personne qui paye aux droits du créancier qui est payé. Et, en se plaçant au point de vue de son effet direct et immédiat,

on peut dire qu'elle est l'acquisition intégrale ou partielle de la créance par un tiers qui paye au créancier ce qui lui est dû (1).

Renusson (2) la définit, la mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui est payé passent à l'autre qui a fourni ses deniers propres pour le payement. Domat (3) et M. Toullier (4) disent au fond la même chose. Le Code civil s'est approprié cette définition, en disant : « La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, etc... » Elle nous paraît parfaitement exacte, puisqu'elle présente et résume par elle-même les éléments et les effets de la subrogation. Aussi, la préférons-nous à ces définitions de Dumoulin, de MM. Duranton et Delvincourt. Dumoulin dit que la subrogation est la fusion d'un créancier dans un autre, sous les mêmes conditions ou sous des conditions moins onéreuses, *transfusio unius creditoris in alium, eâdem vel mitiori conditione* (5). M. Delvincourt (6) la définit, un changement de créancier sans novation de la dette; et M. Duranton (7), une fiction de droit qui fait entrer une personne dans la place d'un créancier pour exercer ses droits quant à la créance.

Ces définitions ont, en effet, le tort de ne signaler la subrogation que par son effet principal, la substitution d'un créancier à un autre, et la transmission de la créance. Or, on peut dire la même chose d'autres faits juridiques qui ont aussi pour résultat de substituer un créancier à un autre, et de transmettre la créance. Ces définitions manquent donc de propriété. Elles pèchent par le vague de leur généralité.

(1) Mourlon, *Subrogations personnelles*, p. 4.
(2) *Subrogation*, ch. 1, n° 10.
(3) Liv. 3, tit. 1, sect. 6.
(4) T. 7, n° 97.
(5) *De usuris*, n° 276.
(6) T. 2, p. 771.
(7) T. 12, n° 108.

Nous aurions encore à repousser la définition que M. Merlin donne de la subrogation (1); mais nous ajournons, parce qu'elle contient en germe tout un système que nous devons combattre, et qui consiste dans cette prétention, que la subrogation ne transfère pas la créance même, mais seulement ses accessoires et ses sûretés.

Ce mot, *subrogation,* nous vient du droit canonique (2). On ne le trouve nulle part dans le droit romain, qui ne se sert jamais que de ces mots : *in locum substituere* (3) *præstare actiones* (4), *mandare, cedere actiones* (5), *locum consequi* (6), *in locum succedere* (7) *in jus succedere* (8). Il expliquait ainsi la chose par ses effets, et, sous ce rapport, notre synonymie est aussi riche. Nous disons aussi, céder ses droits et actions, mettre en son lieu et place, succéder aux droits et actions, etc... Oléa, dans son traité de *Cessione jurium,* lui donne le nom de *subingressio,* sous-entrée, entrée en la place; et nous voyons cette expression employée par M. Duranton et Domat.

3. Le caractère distinctif de la subrogation, quelle qu'elle soit, conventionnelle ou légale, est qu'elle suppose essentiellement un payement fait au créancier dans les droits duquel le tiers qui le paye est substitué. L'article 1249 le donne tout de suite à entendre, en parlant de la subrogation dans les droits du créancier, au profit d'une tierce personne qui le paye. Ce point est essentiel, il ne faut pas le perdre de vue : la subrogation a sa cause dans le payement fait par un tiers.

(1) Rép., v[is] *Subrogation de personne,* sect. 2, § 1, et Quest., v° *Subrogation.*
(2) Renusson, ch. 1, n° 8.
(3) L. 16, *ff. Qui potior. in pign.*
(4) L. 36, § 6, *ff. De fidejuss.*
(5) L. 76, *ff. De solut.*
(6) L. 2, C. *De his qui in prior. loc. succed.*
(7) *ff.* tit. *Qui potior. in pign. vel. hyp. habeantur, et de his qui in prior. loc. succed.* — C. tit. *De his qui in prior. loc. succed.*
(8) L. 3, C. *De his qui in prior. loc. succed.*

Nous aurons plus loin à en déduire les conséquences. Ce que nous pouvons dire immédiatement, c'est qu'au moins on ne peut confondre, sous le rapport de sa cause, la subrogation avec les autres substitutions de créanciers, et les autres transmissions de créances.

4. Nous verrons, sous les articles suivants, que l'effet le plus saillant de la subrogation est de mettre le créancier subrogé aux droits de l'ancien créancier, et, pour employer l'expression pittoresque de Dumoulin, d'opérer une transfusion de leurs personnes. Mais nous aurons soin, en même temps, de ne pas la confondre :

Avec le droit que confère l'article 1166 à tout créancier d'exercer les droits de son débiteur en son nom et à sa place,

Avec la délégation,

Avec la cession-transport (1689),

Avec la cession de biens (1265),

Avec le dessaisissement qui résulte de la faillite,

Avec la cession que le débiteur est obligé de faire des actions qu'il peut avoir par rapport à la chose qu'il ne peut livrer (1303, 1935),

Avec la saisie des rentes constituées sur particuliers (636, C. pr.),

Avec la saisie-arrêt (557, C. pr.).

Sans entrer, à cet égard, dans des parallèles où la vérité des appréciations est souvent sacrifiée à une prétendue finesse d'aperçus, nous nous bornerons à signaler les principales différences qui les distinguent, nous en remettant au cours de nos explications du soin de faire ressortir les autres.

5. La subrogation dont il est question ici est appelée par les auteurs, subrogation de personnes ou personnelle, par opposition à la subrogation de choses ou réelle, qui fait qu'une chose en remplace une autre, comme au cas des articles 132, 747, 766, 1066, 1067, 1069, 1407, 1434, 1435, 1553, 1558 et 1570. Nous n'avons pas à nous en occuper.

Nous nous bornerons également à rappeler, sans en exposer la théorie, que dans les actions universelles, c'est-à-dire dans celles qui ont pour objet la totalité, ou une quote-part d'une universalité, il y a lieu, de droit, à la subrogation réelle. Nous citerons, comme exemples, le retour successoral (747, 766), la séparation des patrimoines (878 et suiv.), où les droits des parties intéressées s'exercent sur les choses qui remplaçent légalement d'autres choses d'une nature différente, comme si ces dernières existaient encore dans toute leur identité. Cette subrogation réelle a, dès lors, pour effet, de leur attribuer plus qu'un droit ordinaire de préférence; elle leur confère sur les choses subrogées un droit d'appropriation qui s'exerce par voie de distraction ou de prélèvement.

Article 1250.

Cette subrogation est conventionnelle, — 1° lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur; cette subrogation doit être faite en même temps que le payement; 2° lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

Sommaire.

§ 1er.

1. Premier cas de subrogation conventionnelle.
2. Inutile de la stipuler, s'il y a lieu à subrogation légale.
3. Le payement doit se faire en vue de la subrogation, et non en l'acquit du débiteur.
4. Le payement n'est pas extinctif dans ce cas.
5. La subrogation doit être stipulée au moment du payement.
6. Mais il suffit d'en convenir.
7. Le payement doit être effectué par le tiers, non par le débiteur.
8. Le créancier peut consentir subrogation par mandataire. Cas de mandat donné au débiteur lui-même.
9. A défaut de subrogation, il y a l'action *negotiorum gestor.*
10. Intérêt qu'on a à déjouer les fraudes.
11. Fraudes faciles en matière de subrogation.
12. Comment la subrogation ne peut résulter d'un payement fait de deniers dus ou appartenant au débiteur.
13. Elle doit être expresse.
14. Comment.
15. Elle ne lèse aucun intérêt.
16. Subrogation par prêt; subrogation par quittance.
17. Le créancier est maître de la consentir.
18. S'il existe une subrogation judiciaire? Distraction des dépens.
19. Différences entre la subrogation et la délégation,
20. Le droit conféré à tout créancier par l'article 1166,
21. La saisie-arrêt,
22. Le dessaisissement résultant de la faillite,
23. La cession de biens,
24. Et la cession-transport.
25. La subrogation transfère identiquement la créance.
26. En quoi la cession diffère de la subrogation.
27. Le subrogeant ne doit point de garantie.
28. Il ne garantit point l'efficacité de son droit, sauf clause contraire.
29. La subrogation s'opère jusqu'à concurrence du payement, sauf indices du contraire.
30. Qui peut recevoir payement peut subroger. Mandat. Cession.
31. Payement s'entend de toute prestation qui désintéresse le créancier.
32. Une réception immédiate n'est pas nécessaire.
33. L'acte de subrogation n'est soumis à aucune forme.

§ 2.

62. Second cas de subrogation conventionnelle. Son origine.
63. Distinction du droit romain entre les hypothèques et les priviléges.
64. Exemple de subrogation tiré d'une loi romaine.
65. Cette subrogation consacrée par notre ancienne jurisprudence.
66. L'article 1250 reproduit l'arrêt de règlement du 6 juillet 1690.
67. Principe de ce mode de subrogation.
68. Cette subrogation par prêt vient du fait du seul débiteur.
69. Sont substantielles les formalités prescrites par l'article 1250.
70. Le prêt la commence, la quittance l'achève.
71. Concours de la double déclaration indispensable.
72. La mention de l'origine doit entrer dans le corps de la quittance.
73. Si le créancier résiste, moyens de passer outre à la subrogation.
74. Les deniers peuvent rester dans les mains du prêteur qui paye.
75. Il fera prudemment de ne pas les confier à l'emprunteur.
76. En cas d'emprunts successifs et de subrogations consenties à plusieurs, ne sera subrogé que celui dont les deniers auront servi au payement.
77. L'opération peut se faire par un seul acte.
78. *Quid,* si les fonds ont été remis sans acte préalable et régulier? Distinction. Espèces.
79. Si l'acte d'emprunt est irrégulier, le prêteur peut obtenir néanmoins subrogation du créancier. Comment.
80. Suite. Autre cas.
81. Comment les deniers payés doivent être identiquement ceux empruntés.
82. Le terme *deniers,* de l'article 1250, indique toute chose fongible.
83. En choses non fongibles, ce ne serait pas une véritable subrogation.
84. Quel délai peut séparer l'emprunt de la quittance?
85. Réserve des droits des tiers intéressés qui peuvent attaquer la subrogation,
86. Sans avoir besoin de s'inscrire en faux.
87. Cette subrogation transfère identiquement la créance.
88. Diverses modifications que cette créance peut cependant recevoir.
89. Le subrogé a, au surplus, l'action de prêt.
90. Le tuteur ne peut consentir cette subrogation.
91. Si la créance n'existait pas, le subrogé aurait l'action pour prêt contre l'un, et l'action en répétition de l'indû contre l'autre.

92. Le débiteur n'est point garant de la bonté de la créance.
93. Le subrogé est saisi sans signification.
94. La subrogation s'étend aux hypothèques grevant des immeubles sortis des mains du débiteur.

COMMENTAIRE.

§ 1er.

1. Je vous dois la somme de mille francs. Un tiers, le premier venu, sans y être le moins du monde intéressé, peut acquitter mon obligation, pourvu qu'il paye en mon acquit et en mon nom. L'article 1236 lui reconnaît formellement ce droit. L'article 1250 lui en reconnaît encore un autre; il peut payer en son nom propre, et obtenir de vous la subrogation. Tel est le premier cas de subrogation conventionnelle. Elle existe, suivant les termes de l'article 1250, lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur. Mais nous devons passer ce fait à une scrupuleuse analyse.

2. Il est entendu que le tiers qui intervient pour payer ne se trouve dans aucun cas de subrogation légale. Car si, par le fait de son payement, il devait être légalement subrogé, il serait inutile et superfétatoire qu'il obtînt la subrogation conventionnelle, à moins, toutefois, que cette dernière subrogation ne fût conventionnellement modifiée, de manière à produire en sa faveur des effets plus étendus que la subrogation légale pure.

3. Le tiers qui paye doit effectuer le payement en son nom propre, en vue de la subrogation. Si, en effet, il payait au nom et en l'acquit du débiteur, l'obligation serait parfaitement éteinte, et il n'y aurait plus matière à subrogation. Ce n'est pas, cependant, qu'il ne puisse déclarer qu'il paye au nom et en l'acquit du débiteur, sous condition de subrogation;

il est alors valablement subrogé. Car la clause de subrogation explique le sens et la portée de son payement.

4. Ici se place une objection que non-seulement tous les jurisconsultes, mais encore toutes les législations se sont empressés de réfuter. On dit : du moment que le droit et l'équité reconnaissent à un tiers, sans même s'enquérir de ses motifs et de son intérêt, le droit de payer pour le débiteur et d'éteindre ainsi son obligation, n'y a-t-il pas contradiction entre l'extinction de la créance et la subrogation aux droits du créancier? Cette objection, la loi romaine se la pose elle-même, et voici comment elle y répond : *Non enim in solutum accepit, sed quodam modo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones* (1); le créancier a moins entendu recevoir payement que vendre, en quelque sorte, sa créance, et c'est pour cela que le subrogé est à ses droits et actions. Elle dit encore : *Salvas esse mandatas actiones, cum pretium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio quæ fuit perempta videatur* (2) : la créance subsiste dans les mains du subrogé, parce qu'il a payé plutôt pour acquérir la subrogation que pour éteindre la dette.

Le Code civil aussi semble s'être fait la même objection, ou plutôt l'avoir prévenue. En effet, dans l'article 1236, après avoir posé en principe que l'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, il ajoute cette condition, pourvu que le tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur; et cette restriction, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Lors donc qu'il y a subrogation, le payement duquel elle dérive, et qui, sans elle, serait extinctif, cesse d'avoir ce caractère; et, bien loin d'éteindre la créance, il ne fait, au contraire, que la maintenir en la déplaçant.

(1) L. 36, § 6, *ff. De fidejuss.*
(2) L. 76, *ff. De solut.*

5. On entrevoit déjà pourquoi l'article 1250 veut que cette subrogation soit faite en même temps que le payement. Si, en effet, la subrogation n'avait lieu qu'après, elle se ferait dans un temps où elle manquerait d'objet, la créance étant éteinte. *Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod... debeatur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil eâ cessione actum, cum nulla actio superfuerit* (1). La subrogation doit avoir lieu, dans ce cas, à l'instant même du payement, *in continenti* (2). Quel que soit l'intervalle qui s'écoule entre le payement et la subrogation, il n'y a plus matière à subrogation. La créance s'est éteinte instantanément; dès lors, la subrogation serait pour ainsi dire posthume.

6. Ce n'est pas à dire, cependant, que l'acte de subrogation doive être immédiatement dressé. Il suffit que le payement ou les à-comptes n'aient eu lieu que sous la réserve très expresse de la subrogation. Elle existe alors en même temps que le payement, puisqu'elle en est la condition formelle, et que son existence, comme stipulation, est indépendante de l'existence d'un acte qui la constate (3). N'est-ce pas le cas de dire : *Paria sunt aliquid ab initio fieri, vel ex post facto, si ab initio pactum præcesserit* (4)?

Ainsi, la subrogation est parfaitement valable, quoique deux actes distincts aient été dressés, l'un pour l'établir, l'autre pour constater le payement, s'ils sont simultanés, ou si l'acte de subrogation a précédé la quittance même, *ex intervallo*. En effet, dans le premier cas, tout s'est accompli en même temps, suivant les termes mêmes de la loi, et, dans le second, le paye-

(1) L. 76, *ff. De solut.*

(2) Domat, liv. 3, tit. 1, sect. 6, nos 9 et 10. — Basnage, *Hyp.*, ch. 15, p. 362.

(3) L. 76, *ff. De solut.* — Duranton, t. 12, n° 116. — Cass., 14 déc. 1858. Sirey, 60, 1, 987. — 25 juillet 1865. Sirey, 65, 1, 417. — 20 nov. 1865. Sirey, 66, 1, 201.

(4) Barthole, sur la loi 76, *ff. De solut.*

ment effectué réalise la condition de la subrogation (1). Que la subrogation, considérée comme convention, ne forme qu'un tout avec le payement, c'est ce que la loi veut pour éviter les fraudes. Mais on est plus exigeant qu'elle-même, lorsqu'on veut qu'un seul acte renferme la quittance et la subrogation, et qu'on en subordonne la régularité à cette unité de contexte. C'est exagérer, sans nécessité et sans raison, la rigueur des termes de la loi; car il ne s'agit, en définitive, que d'une question de sincérité et de bonne foi.

Le § 1er de l'article 1250 ne règle rien, en effet, quant à la forme de cette subrogation. Il suffit qu'au fond elle existe. La loi veut qu'elle soit expresse, et faite en même temps que le payement; mais ce n'est pas à dire qu'elle doive être nécessairement constatée par un acte écrit. Voilà pourquoi nous pensons qu'en principe la subrogation est valable pour toutes les sommes payées, alors même que la quittance finale mentionne que des sommes ont été précédemment comptées entre les mains du créancier subrogeant, pourvu, toutefois, qu'il soit hors de doute que les à-comptes antérieurs n'ont été payés que sous la condition très expresse de la subrogation (2). C'est donc là une question de fait; et la subrogation pourra, suivant les circonstances, être maintenue pour le tout, ou réduite aux seules sommes payées lors de la quittance subrogative, par exemple, si le long temps écoulé entre les à-comptes et le payement final fait supposer une stipulation de subrogation après coup (3). Ainsi peut s'expliquer la diversité des arrêts.

Mais si l'acte prétendu de subrogation portait que le payement a eu lieu tant ci-devant que présentement, partie des deniers du débiteur, partie des deniers du subrogé, sans qu'il fût possible de reconnaître, au milieu du vague de ces expres-

(1) Marcadé, art. 1250. — *Contrà,* Gauthier, *Subrogation,* nos 109 et 109 *bis.*

(2) Gauthier, nos 111 et suiv. — Cass., 6 nov. 1854. Sirey, 54, 1, 756.

(3) Voy. Limoges, 27 nov. 1841. Dalloz, 42, 2, 234.

sions, quelle somme a été payée par le subrogé, si même une somme quelconque a été payée par lui au moment de l'acte; comme, dans ce cas, il est impossible de rencontrer la double condition à laquelle le § 1er de l'article 1250 soumet l'efficacité de la subrogation, à savoir la simultanéité de sa stipulation et du payement, il y aurait lieu de la déclarer nulle indistinctement pour le tout (1).

7. Le payement doit être effectué par le tiers qui veut obtenir la subrogation. Le débiteur ne peut, en effet, lui-même la stipuler qu'en observant les formalités prescrites par le § 2 de l'article 1250. Quelquefois, cependant, on a tenté d'éluder les dispositions de ce deuxième paragraphe, en faisant stipuler la subrogation par le débiteur payant en personne, au profit de tiers bailleurs de fonds. Voici une espèce : le débiteur emprunte une somme de...; il est dit dans l'acte d'emprunt que cette somme a été comptée, tant aujourd'hui que précédemment, en vue et en arrière du notaire. Quelques jours après, le débiteur paye un de ses créanciers, et dans la quittance authentique, il est déclaré que le créancier subroge, en tant que de besoin, tel, de qui proviennent les fonds. Le prêteur ne pouvait invoquer la subrogation du second paragraphe de notre article, attendu que l'acte d'emprunt ne faisait pas mention de la destination de la somme empruntée. Il essaya alors de se placer sous l'application du § 1er, et prétendit que le créancier lui-même lui avait consenti subrogation dans sa quittance. Mais la Cour de cassation décida que cette subrogation n'était pas valable, parce que c'était le débiteur qui avait payé, et qu'inutilement le créancier avait déclaré consentir subrogation au profit de celui qui avait fourni les deniers (2). Autrement, la fraude serait trop facile.

(1) Voy. nº 78. — GAUTHIER, nºs 113 et suiv. — Cass., 13 août 1855. SIREY, 55, 1, 769.

(2) Cass., 19 avril 1831. SIREY, 31, 1, 432. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 371, nte 4, 1re édit., et t. 4, p. 169, nte 4, 4e édit.

Néanmoins, si le débiteur se présentait en qualité de mandataire du tiers qui l'a chargé de payer, et lui a remis les fonds nécessaires à cet effet; si rien ne démontrait l'existence d'un prêt antérieur qu'on eût essayé de déguiser plus tard sous la couleur d'un simple mandat, nous pensons qu'alors la subrogation stipulée par le débiteur en sa qualité de mandataire, et au nom du bailleur de fonds, son mandant, serait valable et bien venue. Il faut, en effet, le prendre en la qualité qu'il agit. Il ne paye pas comme débiteur, mais comme mandataire, et comme représentant le tiers qui lui a remis les deniers, non à titre de prêt, mais à titre de mandat.

Nous pensons, en conséquence, que le tuteur ou tout autre administrateur légal, payant en cette qualité, avec les deniers de son pupille ou de la personne placée sous son administration, pourvu que ces deniers ne soient pas devenus siens, peut valablement stipuler à leur profit la subrogation aux droits de son propre créancier, qu'il paye en leur nom et avec leur argent.

8. La subrogation peut être consentie par le mandataire du créancier, ou par toute autre personne ayant qualité pour recevoir le payement, à moins que ses pouvoirs ne soient limités, comme au cas où un huissier est porteur des pièces. Il peut alors donner quittance; mais, sans pouvoir spécial, il ne peut subroger (1).

Nonobstant même ce que nous venons de dire, un mandat en blanc peut être donné à cet effet par le créancier au débiteur lui-même, lequel, n'ayant pas les fonds nécessaires, est obligé de les emprunter d'un tiers qui exige subrogation. Ce mandat, d'abord remis au débiteur, est ensuite rempli par lui au nom d'un autre qui stipule, en conséquence, au nom du créancier mandant, reçoit pour lui payement, si celui-ci ne l'a lui-même reçu, et, pour lui enfin, consent subrogation en

(1) Voy. *infrà*, n° 30.

faveur du tiers qui, par forme de payement de la créance, effectue en même temps un prêt au débiteur. Une semblable opération ne pourrait être critiquée que dans le cas où elle aurait pour résultat de masquer, sous les apparences d'un mandat, un emprunt antérieur, ou de donner au payement et à la subrogation un air de simultanéité qu'au fond ils n'auraient pas (1).

Si, en effet, le débiteur avait commencé par payer personnellement, à l'aide de deniers précédemment empruntés, il est évident qu'il ne pourrait recevoir mandat pour consentir une subrogation au profit du prêteur, puisqu'il s'agirait d'éluder les dispositions de l'article 1250, § 2. La dette étant éteinte, il n'y aurait plus de subrogation possible.

Voici encore une autre espèce jugée par la Cour de cassation (2) : Le 8 février 1818, Charles et Hall, débiteurs de Victor Génissieux, confient à Jullin des fonds destinés à payer Bouvier, créancier privilégié de Victor Génissieux. Le 10 février, Jullin, accompagné de Victor Génissieux, compte les fonds à Bouvier, qui, par sa quittance, consent subrogation en faveur de ceux qui avaient fourni les deniers, et à ce que Jullin mît en son lieu et place qui il appartiendrait, conférant tout pouvoir pour opérer régulièrement ce transport. Le 16 avril suivant, Bouvier consent subrogation à un Génissieux de Lyon, non présent à la quittance du 10 février.

Sur la validité de cette dernière subrogation, la Cour suprême dit d'abord : « Que si l'on pouvait considérer les énonciations de la quittance comme de nature à conserver le droit de régulariser la subrogation indiquée en faveur de ceux qui avaient fourni les deniers que l'arrêt reconnaît provenir de Charles et Hall, toujours est-il qu'on ne saurait en faire résulter que postérieurement et à la date du 16 avril suivant, Bouvier, créancier désintéressé depuis plus de deux mois, eût

(1) Voy. Cass., 12 fév. 1840. Sirey, 40, 1, 529.
(2) Cass., 30 juill. 1838. Sirey, 38, 1, 673.

conservé la capacité de faire passer la subrogation sur la tête de Génissieux de Lyon, dont l'arrêt convient qu'il n'a pu être question lors du payement du 10 février précédent. »

Quant au motif tiré de ce que cette subrogation avait toujours été dans l'intention des contractants, elle répond que le texte de l'article 1250 ne laisse point à la disposition des parties ni à celle des tribunaux, le soin d'établir les règles et les garanties qui peuvent assurer la validité de la subrogation conventionnelle; que, pour être valable, d'après l'article 1250, cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le payement.

Mais il résulte en même temps de cet arrêt, que le mandataire du bailleur de fonds, et pareillement toute autre personne, pourrait recevoir du créancier les pouvoirs nécessaires pour subroger en son nom le propriétaire des deniers. La loi reconnaît, en effet, le droit de stipuler et d'agir par mandataire, d'opérer par suite ou recevoir payement, et de stipuler ainsi la subrogation, par la voie d'un mandataire chargé de la faire passer sur la tête du bailleur de fonds.

9. Le tiers qui a payé le créancier sans obtenir de subrogation régulière, n'est certainement pas destitué de toute action contre le débiteur. En acquittant sa dette, il a géré son affaire. Il aura donc l'action *negotiorum gestorum*. Mais, à cette action, ne seront attachés aucuns des priviléges de l'ancienne créance.

10. Les autres créanciers du débiteur dont le tiers a payé la dette sans subrogation valable, sont donc intéressés à déjouer les fraudes qui peuvent être commises à leur préjudice. Cet intérêt est manifeste, puisque, en l'absence d'une subrogation valable, ils n'ont plus affaire qu'à un simple créancier chirographaire, destitué de toute hypothèque et de tout privilége.

Le débiteur peut avoir lui-même intérêt à faire juger la subrogation non valable ou frauduleuse, puisque la subrogation l'expose à payer des intérêts, si l'ancienne créance en

produit, tandis que la nouvelle créance résultant de la gestion d'affaires n'en produit pas de plein droit. Il y aurait encore intérêt pour la conservation de son crédit, puisque les privilèges et les hypothèques ont été éteints avec la créance à laquelle ils étaient attachés.

11. Les fraudes, en matière de subrogation, sont faciles et fréquentes. Elles existent, tantôt au préjudice du débiteur, tantôt au préjudice de ses autres créanciers, tantôt au préjudice de l'un et des autres tout à la fois.

Un moyen facile, c'est de fabriquer après coup des quittances subrogatives, et de ressusciter ainsi, pour une subrogation posthume, une créance précédemment éteinte.

Mais, si le tiers n'avait payé, sans subrogation, qu'une partie de la dette, il pourrait obtenir subrogation pour le surplus. L'extinction de la créance n'étant que partielle, la subrogation aurait lieu dans cette même proportion.

Tel serait encore le cas où le débiteur a, par un payement partiel, éteint pour partie sa dette. Si la subrogation avait été frauduleusement consentie pour le tout, elle serait réductible à la portion non éteinte de la créance.

L'on comprend que par la dissimulation de ces payements antérieurs, le subrogé veut obtenir le plus de garanties possible, soit au préjudice du débiteur, soit au préjudice des autres créanciers de celui-ci. L'on conçoit de même que le débiteur veut, par le même procédé, ranimer un peu son crédit en se ménageant, sous la forme du payement de sa dette, un nouvel emprunt garanti par les priviléges et les hypothèques de l'ancienne créance. Mais les parties intéressées ont toujours le droit d'attaquer ces subrogations comme frauduleuses (1).

12. Comme toute subrogation a son principe dans un payement fait par un tiers, il faut que ce payement soit sérieux. Si

(1) DURANTON, t. 12, n° 116.

donc il était fait avec des deniers appartenant ou actuellement dus au débiteur, il n'y aurait pas de subrogation valable (1).

On doit cependant bien faire attention au but de l'opération, et ne pas confondre avec un payement éteignant la créance, un payement fait avec subrogation au moyen de deniers dus au débiteur, alors que ce payement est destiné à procurer une garantie au tiers qui paye et se fait subroger. Exemple : j'achète votre maison vingt mille francs ; bien que je craigne l'éviction, je paye tout de même à l'échéance, non pas en vos mains, mais en celles de l'un de vos créanciers qui me subroge. Je me ménage ainsi une garantie de plus pour la restitution du prix. Mais il faut remarquer que si, poursuivi par vous en payement, je vous avais une fois opposé en compensation la créance à laquelle je suis subrogé contre vous, il y aurait un payement extinctif à la fois de votre créance et de la mienne.

Tel serait encore le cas où, étant cessionnaire d'une créance au prix de dix mille francs, je payerais avec subrogation ces dix mille francs à un créancier du cédant. On ne pourrait dire que la subrogation n'est pas valable, sous prétexte que j'ai payé avec les deniers dus au débiteur, alors que les circonstances démontrent que j'ai plutôt entendu lui faire un prêt, sous la double garantie de la subrogation et de la cession.

13. La subrogation doit être expresse (1250) ; elle ne se présume pas. Les parties doivent clairement manifester leur intention à cet égard. Le doute s'interprète naturellement contre celui qui se prétend subrogé ; car, en sa qualité de demandeur, il doit prouver le droit qu'il invoque. Dans l'incertitude, il faut donc s'en tenir au droit commun qui déduit de tout payement, même fait par un tiers, sauf preuve contraire, l'extinction parfaite de l'obligation. Or, le doute que nous supposons exclut la perfection de la preuve.

14. Il ne suffirait donc pas de dire : reçu de tel tant, en

(1) Cass., 31 déc. 1861. Sirey, 62, 1, 591.

payement de telle créance et en l'acquit de tel, sauf à lui à exercer contre le débiteur son recours, ainsi que de droit, à recourir, à poursuivre remboursement. Ce ne serait que le recours légal et sous-entendu de droit en faveur de tout *negotiorum gestor.*

Mais le mot subrogation, subroger, n'a rien de sacramentel. Il peut être remplacé par des équivalents. Ainsi, le créancier peut dire : je mets en mon lieu et place; je substitue à mes droits, à ma créance, à mes actions; je fais entrer en tous mes droits; je cède, transfère, transporte, abandonne mon action, ma créance, mon contrat, mon billet. Ces expressions comprennent tout (1). Il ne faut pas s'imaginer, en effet, que l'article 1250 exige que le créancier dise expressément et par énumération, qu'il subroge la tierce personne qui le paye dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques. La loi ne fait ici qu'expliquer en partie les effets de la subrogation, sans en donner ni imposer la formule. Elle détermine plutôt le sens du mot subroger, pour indiquer que cette expression, je subroge, dit tout et suffit à tout. Mais elle n'exclut pas pour cela les équipollents (2).

Observons, toutefois, que les expressions ambigues devraient plutôt s'entendre dans le sens d'une subrogation, parce que si elles ne signifiaient qu'un recours de *negotiorum gestor,* elles auraient été inutiles, et qu'il faut les interpréter dans le sens qui leur donne quelque effet, de préférence à celui qui ne leur en ferait produire aucun.

15. Avec toutes ces conditions de certitude et de sincérité indispensables à son existence, la subrogation est le fait le plus simple et le plus innocent. Elle n'offense aucun droit, ne lèse aucun intérêt. Il importe peu, en effet, aux autres créan-

(1) Duranton, t. 12, n° 118. — Toullier, t. 7, n° 120.

(2) Duranton, t. 12, n° 122. — Toullier, t. 7, n°s 120 et 121. — Delvincourt, t. 2, p. 771. — Zachariæ, t. 2, p. 372, n°s 5 et 6, 1re édit., et t. 4, p. 171, 4e édit. — Gauthier, n° 106.

ciers que la créance, objet de la subrogation, appartienne à tel plutôt qu'à tel. Ce qui leur importe, ce n'est pas le nom du créancier, c'est uniquement son existence. Il est de même indifférent au débiteur qu'il ait pour créancier telle personne plutôt que telle autre, puisqu'il n'en est ni plus ni moins débiteur. Peut-être vaut-il mieux, parfois, avoir affaire à tel créancier. Car tous les créanciers ne se ressemblent pas du côté de la clémence et de la longanimité, de la rigueur et de l'humeur processive. Cependant, comme cette considération ne saurait guère avoir de valeur qu'à l'égard du débiteur contumax que la loi ne protège point de ses faveurs, il était impossible qu'elle prévalût sur les principes de droit qui font d'une créance une chose transmissible et cessible. Aussi, le créancier est-il maître de subroger sans le consentement du débiteur. Il ne fait que disposer de sa chose, et user de son droit de propriété.

16. On voit combien est simple le mécanisme de cette opération. En résumé, un tiers, même non intéressé, paye tout ou partie de la créance entre les mains du créancier qui le subroge expressément, en même temps que le payement a lieu. Cette subrogation, nous l'appellerons donc subrogation par quittance, par opposition à l'autre subrogation conventionnelle, dont le mécanisme est un peu plus compliqué, et que nous nommerons subrogation par prêt.

17. La subrogation par quittance dépend naturellement de la volonté du créancier. Il est maître de la consentir ou de la refuser. Il peut dire au tiers qui lui offre payement à condition de subrogation : j'accepte le payement que vous m'offrez, parce que je ne puis le refuser ; mais je vous refuse la subrogation, parce que vous ne pouvez me contraindre à la consentir. Aussi mal fera le créancier de refuser la subrogation par esprit de contrariété et de malice, aussi bien il fera de la refuser, lorsqu'il reconnaîtra dans la conduite du tiers qui veut le payer, un esprit de mauvaise spéculation et de mali-

cieuse tracasserie envers le débiteur, auquel il importe de ne point tomber dans les mains d'un créancier avare et intraitable (1).

18. A ce sujet, on s'est demandé si dans notre droit français il existait des cas où les juges pouvaient ordonner à un créancier de subroger un tiers dans ses droits et actions. La loi romaine leur accordait ce droit dans certains cas, autres cependant que ceux dont le Code civil a fait des cas de subrogation légale. Le juge pouvait, *transferre, adscribere, præstare actiones,* subroger, en un mot, le tiers qui acquittait la dette, sans le consentement du créancier et malgré son opposition (2).

Or ce mode de subrogation judiciaire existe-t-il encore aujourd'hui? Il est bien vrai que l'article 1303 porte que lorsque la chose est périe, mise hors du commerce, ou perdue sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. Et l'article 1935 fait à un cas spécial l'application de ce principe. M. Duranton (3) voit dans cette cession forcée des traces du système du droit romain. Mais il est de toute évidence qu'il n'y a là ni cession, ni subrogation, et que si l'article 1303 prononce le mot, céder, ce n'est que par réminiscence des anciens principes, par inadvertance et sans faire attention que le débiteur n'a rien à céder; que les actions et droits qui peuvent exister par rapport à la chose due et non payée appartiennent pleinement au créancier, et que celui-ci n'a pas besoin de cession ni de subrogation pour les faire valoir.

Nous connaissons cependant un cas de subrogation judiciaire ou forcée. Nous le trouvons dans l'article 133 du Code de procé-

(1) Dumoulin, *De usuris,* Quest. 45. — Basnage, *Hyp.,* ch. 15, p. 354.

(2) Voy. L. 57, *ff. De leg.,* 1°. — L. 23, *ff. De pecul. leg.* — L. *ult.,* C. *De privil., fisci.* — Renusson, ch. 2, n° 17, ch. 9, n° 10.

(3) T. 12, n° 113.

dure. Les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, lors de la prononciation du jugement, qu'ils ont fait la plus grande partie des avances. Pothier en donne la raison (1) : « Comme le client, dit-il, ne pourrait sans injustice refuser ce transport à son procureur, le juge peut, sans le consentement du client, prononcer la distraction au profit du procureur; car il peut suppléer un consentement qui ne peut être refusé sans injustice. » L'avoué se trouve effectivement dans la position d'un tiers payant pour un autre, puisque, en avançant les frais exposés, il a payé pour la partie condamnée aux dépens; et, d'autre part, en même temps qu'il a fait ces avances, il a obligé son client. Voilà pourquoi il peut contraindre ce dernier à lui consentir subrogation dans tous ses droits contre son adversaire, en ce qui concerne la condamnation aux dépens.

Et encore n'est-ce pas là une subrogation proprement dite; car, à la différence du cas de subrogation proprement dite, ainsi que nous le verrons plus loin, l'avoué est garanti contre l'insolvabilité actuelle de la partie condamnée; de telle sorte qu'il a, en cas de non payement, un recours à exercer contre son client, qui n'est pas déchargé de toute obligation envers lui, à moins que l'insolvabilité de son adversaire ne fût survenue que depuis le moment où l'avoué aurait pu agir utilement, et se faire payer (2). Ce dernier est alors responsable envers lui-même de sa propre négligence. La demande en distraction n'opère donc pas une véritable subrogation, mais plutôt une simple délégation, par laquelle l'ancien débiteur n'est pas déchargé (1275). Cette distraction se distingue enfin de toute cession, subrogation, ou délégation ordinaire, en ce que l'avoué qui l'a obtenue n'est pas simplement aux droits de sa partie, mais que la créance des dépens alloués est réputée, par l'effet d'une fiction de la loi, avoir toujours résidé en sa personne

(1) *Mandat*, n° 135.
(2) BONCENNE, t. 2, p. 571. — CARRÉ, *Quest*. 569.

directement et principalement contre la partie qui y a été condamnée; d'où il suit qu'on ne peut lui opposer aucune compensation qui se serait opérée du chef de son client.

19. Puisque nous avons prononcé le mot de délégation, nous devons signaler les principales différences qui distinguent la subrogation de la délégation. Elles diffèrent entre elles à la fois dans leurs causes, dans leurs éléments et dans leurs effets.

La délégation a pour but de mettre un débiteur à la place d'un autre; *delegare est vice suâ reum alium dare creditori* (1). Il y a bien par suite changement de créancier, par rapport au délégué; mais le changement n'est que la conséquence du changement de débiteur. Dans la subrogation, au contraire, il y a directement substitution d'un créancier à un autre.

Je délègue le plus souvent mon débiteur pour m'acquitter envers le délégataire, mon créancier, pour arriver à l'extinction de ma dette envers lui. Si je ne suis pas alors expressément déchargé, je demeure obligé, de sorte que mon créancier délégataire a un débiteur de plus, le délégué (1275). Et quand bien même j'aurai été déchargé, je suis encore exposé à un recours de la part du délégataire, si le délégué était déjà, au moment de la délégation, en faillite ou en déconfiture (1276). En cas de subrogation, il n'y a pas un nouveau débiteur de plus, le subrogeant ne devant aucune garantie au subrogé.

La délégation de mon débiteur ne peut s'opérer sans mon consentement, ni sans celui du délégataire. Le débiteur ne peut, en effet, se déléguer lui-même, et se changer ainsi son créancier. Mais la subrogation a lieu, soit par la seule force de la loi, soit par la volonté du débiteur et du tiers qui prête les deniers, malgré la volonté du créancier désintéressé.

La perfection de la délégation exige le concours de trois consentements, tandis que la subrogation ne suppose jamais que le concours de deux volontés au plus.

(1) L. 11, *ff. De nov. et deleg.*

Le seul rapport qui existe entre ces deux opérations, c'est que le droit, l'action, la créance du délégant appartiennent désormais au délégataire, comme le droit, l'action, la créance, objet de la subrogation, appartiennent au subrogé.

20. Il ne faut pas non plus confondre la subrogation légale ou conventionnelle dont parlent les articles 1249 et suivants, avec le droit que l'article 1166 confère à tout créancier d'exercer les droits de son débiteur. Ce droit n'est, en effet, que la conséquence du principe qui fait des biens du débiteur le gage commun de tous ses créanciers. Lors donc que les créanciers sont appelés à exercer les droits de leur débiteur, ils ne sont appelés qu'à veiller à la conservation du gage commun de leurs créances. Nous avons expliqué la nature de ce droit, et les conséquences de son exercice, dans notre commentaire de l'article 1166. Nous n'avons pas à y revenir. Nous nous bornerons donc à observer que les créanciers n'agissent alors qu'au nom et à la place de leur débiteur, directement dans son intérêt, et indirectement dans le leur; qu'agissant en leur qualité de créanciers, ils agissent dans un intérêt collectif et commun, correspondant à la communauté de leur gage; tandis que, par le moyen de la subrogation conventionnelle ou légale, le subrogé acquiert un droit privatif, agit en son nom et directement dans son intérêt, fait valoir une créance qui lui appartient, exerce un droit exclusif et correspondant à son droit de propriété. Si donc on peut donner au droit conféré par l'article 1166 le nom de subrogation légale, c'est uniquement en ce sens, que la loi substitue au débiteur ses créanciers dans l'exercice de ses droits et actions, au cas où il néglige de les exercer lui-même. Mais nous n'avons jamais entendu confondre deux droits si différents dans leur principe, leur nature et leurs effets.

21. Supposons une saisie-arrêt, une saisie de rentes constituées sur particuliers. Les créanciers saisissants et opposants poursuivent la réalisation dans leurs mains du gage commun,

et demandent, pour cet effet, à être admis à l'exercice des droits de leur débiteur. Ils concluent à être autorisés judiciairement, soit à toucher eux-mêmes les sommes arrêtées, soit à vendre les rentes saisies et à en percevoir ensuite le prix de vente. En ce sens, ils obtiennent subrogation judiciaire aux droits, à la créance du débiteur, ou plutôt ils font régulariser et sanctionner par la justice la subrogation légale qui résulte en leur faveur de leur qualité même de créanciers. Mais cette subrogation, qui n'est que la conséquence de l'engagement qui affecte les biens de tout débiteur à l'accomplissement de ses obligations, ne ressemble à la subrogation proprement dite qu'en ce qu'elle aboutit également à la substitution des opposants et saisissants, comme créanciers, à la personne de leur débiteur, créancier du tiers-saisi. Aussi, résulte-t-il de son principe et de sa nature, qu'elle n'a lieu, d'une part, en leur faveur, que jusqu'à concurrence du montant de leur créance, et, de l'autre, qu'elle ne tourne à la décharge du saisi que jusqu'à concurrence de l'acquittement effectif de ses dettes.

22. Nous en disons autant de la faillite qui dessaisit de fait et de droit le failli, et lui substitue la masse de ses créanciers dans l'exercice de ses droits et actions. Il n'y a de subrogation qu'en ce sens.

23. Quant à la cession de biens, qui n'aboutit qu'à une réalisation plus facile du gage commun, elle n'a également de rapport avec la subrogation qu'en ce qu'elle met les créanciers cessionnaires aux droits du cédant; mais elle en diffère essentiellement dans ses autres effets.

24. Reste la cession-transport. En quoi se rapproche-t-elle de la subrogation? En quoi s'en éloigne-t-elle? Jusqu'à quel point peut-on les confondre dans leurs résultats?

Ces diverses questions ont été le sujet d'une vive controverse entre les auteurs. Les uns ont confondu résolument et

péremptoirement la subrogation et la cession; les autres en ont fait deux opérations totalement différentes; ceux-ci, enfin, se sont attachés à un système de conciliation destiné à en expliquer les rapports et les dissemblances.

La subrogation consentie par le créancier en faveur du tiers qui le paye, est sans contredit celle qui ressemble le plus à la cession. Il nous suffira donc de montrer en quoi celle-ci en diffère, pour autoriser à en conclure, *a fortiori*, l'existence des mêmes points de dissemblance entre elle et les autres cas de subrogation. Mais nous devons auparavant examiner les deux systèmes contradictoires qui, suivant nous, pour être trop absolus, en sens inverse, dénaturent les caractères légaux de la subrogation.

25. On a prétendu que la subrogation n'avait pas pour effet de transmettre au subrogé la créance même, mais seulement les hypothèques, les priviléges, les prérogatives de cette ancienne créance, faisant place à une créance nouvelle à laquelle, par pure fiction, ils demeurent attachés. En effet, dit-on, toute créance s'éteint par le payement, qu'il soit fait par le débiteur ou par un tiers. Or, du moment qu'un tiers paye le créancier, il éteint la dette. Si donc il se fait subroger, ce ne peut être qu'aux priviléges, hypothèques et autres accessoires qui se détachent de la créance éteinte, pour venir s'adjoindre à la créance toute nouvelle que le tiers a acquise contre le débiteur, en qualité de *negotiorum gestor*, par le remboursement qu'il a fait en son acquit. Ce système a été très habilement développé par M. Merlin (1) et dans une consultation de Me Grappe (2).

Mais est-il bien vrai que la subrogation ne fasse point passer la créance même aux mains du subrogé? Prétendre que le payement fait par lui a éteint la créance, que le transport en

(1) Rép., vis *Subrogation de personne*, sect. 2, § 1. — *Conf.*, MARCADÉ, art. 1236, no 5.

(2) Rapportée par M. MERLIN, Quest., vo *Subrogation*, § 1.

est devenu désormais impossible par son extinction, n'est-ce pas renouveler l'objection que le droit romain ne s'est faite que pour la réfuter? Et voici comment il y répond : Le créancier a moins entendu recevoir payement que vendre en quelque sorte sa créance; *nomen debitoris quodam modo vendidit* (1); et ailleurs : La créance subsiste dans les mains du subrogé, parce qu'il a payé, plutôt pour obtenir la subrogation que pour éteindre la dette (2).

Il ne faut donc pas argumenter du payement, parce qu'il n'a aucun caractère extinctif. Si, d'ailleurs, le payement éteignait la créance, comment se ferait-il que l'extinction du principal n'entraînât pas celle des priviléges, des hypothèques, des accessoires de la créance? Qu'on pousse donc jusqu'à bout de conséquences la force soi-disant extinctive du payement, et qu'on dise qu'il ne reste rien. Mais alors il n'y aura plus de subrogation possible; la subrogation aura cessé d'exister.

On divise les effets du payement; le principal est éteint, l'accessoire ne l'est pas. Comment cela? N'est-ce pas une preuve que le payement fait en vue de subrogation n'est pas un payement ordinaire, mais bien un payement particulier, produisant des effets spéciaux, ayant pour résultat de déplacer la créance en la maintenant? Aussi, le droit romain dit-il que le subrogé a les actions, *habet actiones*, que les actions sont maintenues, *salvas esse mandatas actiones* (3); que le subrogé succède au droit, *in jus succedit* (4), qu'il prend la place, *locum subit* (5), qu'il succède au lieu et place, *in locum succedit* (6). Il est vrai que de ces dernières expressions, *in locum succedere*, les inter-

(1) L. 36, § 6, *ff. De fidejuss.*
(2) L. 76, *ff. De solut.*
(3) L. 76, *ff. De solut.*
(4) L. 3, C. *De his qui in prior. loc. succed.* — L. 3, *Aristo, ff. Quœ res pign. oblig. possunt.*
(5) L. 12, *ff. Qui potior. in pign.*
(6) L. 1, C. *De his qui in prior. loc. succed.*

prêtes ont conclu (1) que ce n'était pas *in actionem*, mais *in ordinem*, non à l'action, mais au rang qu'il succédait. Pourquoi cette fiction? Pourquoi ne pas aller droit au principe, et dire que le subrogé n'a le rang que parce qu'il a le droit, l'action, tout à fait la même action, au lieu d'une action toute pareille?

Ce ne sont donc pas seulement les priviléges, les hypothèques, les accessoires de l'ancienne créance qui sont maintenus et accèdent à une créance nouvelle; c'est l'ancienne créance, l'ancienne action, l'ancien droit qui est maintenu et passe, avec tous ses accessoires, dans les mains du subrogé. Il succède dans tous les droits du subrogeant; il les a tels et aussi étendus que celui-ci les possédait, *succedit in omne et tale jus quod et quale competebat cedenti* (2); il a enfin la même action (3).

En admettant même que, suivant les principes du droit romain, le tiers qui prêtait les deniers pour acquitter la dette n'acquît pas la subrogation à la créance, mais seulement à l'hypothèque, il n'en est pas moins vrai que, d'après notre ancienne jurisprudence, il acquérait la créance elle-même (4). C'est qu'en effet le prêteur, s'il paye lui-même, ne paye qu'en vue d'obtenir une subrogation parfaite, ou que le débiteur, s'il paye avec les deniers prêtés et remis dans ses mains, est, en ce qui concerne la subrogation à obtenir, moins un débiteur éteignant sa dette, que le mandataire du prêteur, accomplissant pour lui la dernière condition de sa subrogation.

On a peine à comprendre que sous l'empire du Code civil il ait été soutenu que la subrogation ne transfère pas la créance, l'action. Cependant l'article 1249 dit : la subrogation dans les droits. L'article 1250 parle encore du tiers subrogé par le créancier dans ses droits, actions, priviléges ou hypo-

(1) Loyseau, *Des offices*, liv. 3, ch. 8, nº 80. — Basnage, *Hyp.*, ch. 15, p. 357.

(2) Dumoulin, *De usuris*, Quest. 49, nº 344.

(3) Renusson, ch. 2, nº 24, et ch. 4, nº 24.

(4) Pothier, Orléans, tit. 20, nº 80.

thèques contre le débiteur, et par le débiteur lui-même dans les droits du créancier. Voici donc les effets de la subrogation : elle substitue le tiers qui paye le créancier dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques, et non pas dans ses priviléges et hypothèques seulement. C'est qu'alors le payement fait par un tiers n'éteint pas la dette, puisque, aux termes de l'article 1236, l'obligation acquittée par un tiers n'est éteinte que tout autant qu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Revient encore cette expression, aux droits, ce qui ne veut pas dire seulement priviléges, hypothèques et autres prérogatives, mais la créance elle-même (1).

Mais, dit-on, si la créance n'est pas éteinte, si, malgré le payement, elle est maintenue pour être transmise au subrogé, ce n'est que par l'effet d'une fiction légale. Car, pour employer la définition qu'en donne M. Zachariæ (2), on peut dire que « la subrogation est une fiction juridique, par suite de laquelle une obligation, éteinte au moyen du payement effectué par un tiers, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce dernier, qui est censé ne faire qu'une seule et même personne avec l'ancien créancier (3). » Or, qu'importe que le maintien de la créance soit ou non l'effet d'une fiction de droit? Comme cette fiction équivaut à la réalité, c'est bien toujours du droit ancien qu'il s'opère une transmission parfaite. Rigoureusement même, on pourrait contester l'existence de cette fiction légale, qui demande à la subtilité théorique du droit ce que lui offre l'intention des parties. Le payement effectué par le tiers a eu, en effet, pour but bien moins d'éteindre la dette du débiteur, que de désintéresser le créancier, moyennant subrogation. Il s'agit donc d'un payement restreint dans ses effets par l'inten-

(1) *Conf.*, Toullier, t. 7, n° 119. — Duranton, t. 12, n° 117, note. — Zachariæ, t. 2, p. 370, 1re édit., et t. 4, p. 169, nte 2, 4e édit. — Troplong, *Hyp.*, n° 349. — Gauthier, nos 36-48.

(2) T. 2, p. 370, 1re édit., et t. 4, p. 168, 4e édit.

(3) *Conf.*, Duranton, t. 12, n° 108.

tion qui y préside; et cette intention est bien évidemment en contradiction avec l'extinction de la créance, puisqu'elle rendrait impossible la subrogation désirée et poursuivie. Prenons donc le payement tel qu'il est, sans caractère extinctif.

26. Mais si la subrogation a pour résultat de transférer la créance elle-même, voilà qu'on la confond avec la cession. Et c'est ce qui est arrivé à plusieurs auteurs (1). Or cette confusion nous paraît une très grande erreur en droit. Ils distinguent néanmoins entre les divers cas de subrogation, pour n'assimiler à la cession-transport que la subrogation consentie par le créancier. Cette assimilation, nous devons la combattre, et sa réfutation autorisera de conclure, *a fortiori*, pour les cas de subrogation par prêt et de subrogation légale.

Toute subrogation produit sans doute les mêmes effets que la cession, en ce qui concerne la substitution d'un nouveau créancier, le subrogé, à l'ancien créancier, aux droits duquel se fait la subrogation, soit par quittance, soit par prêt, soit par la force de la loi (2). A ce point de vue, il n'existe entre elles d'autre différence qu'entre la cause et l'effet, la cession produisant la subrogation, c'est-à-dire la substitution d'un créancier à un autre (3). Mais quels sont les éléments et les effets de cette substitution? D'où vient-elle? Que produit-elle? C'est à ce point que commencent les différences.

Dans la cession, il y a, de la part du créancier qui cède, intention de vendre; de la part du cessionnaire, intention d'acquérir. Dans la subrogation conventionnelle, consentie par le créancier, il n'y a, de la part de celui-ci, qu'intention de recevoir payement. Le but principal de l'opération est son remboursement, moyennant subrogation. Le tiers est ainsi subrogé, parce qu'il le désintéresse, tandis que, dans la cession, il paye ou promet pour acquérir la créance. Si, dans la

(1) Voy. TOULLIER, t. 7, nos 118 et suiv. — DELVINCOURT, t. 2, p. 771.
(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 363, 1re édit., et t. 4, p. 173, 4e édit.
(3) DURANTON, t. 12, n° 114.

subrogation, le payement duquel elle dérive n'a pas éteint la dette, c'est parce que l'intention des parties lui a enlevé sa force extinctive; et cette intention semble autoriser la supposition d'une fiction légale. Au contraire, dans la cession, il n'est nullement besoin de fiction, parce que la créance se maintient toute seule, par la puissance même du fait, puisqu'elle n'a jamais été acquittée. Il y a enfin ici un prix de vente, là un simple payement (1). Et il faut encore que la convention de subrogation soit simultanée.

Le plus souvent, là où se fait une cession de créance, une subrogation est également possible; mais elle ne l'est cependant point dans tous les cas. Il faut, en effet, pour que la subrogation puisse s'accomplir, et ce point est essentiel, que le payement fait par le tiers soit précisément de la dette du débiteur contre lequel il entend se faire subroger; autrement, ce ne serait pas une subrogation. Ainsi, nous voyons tous les jours les compagnies d'assurance stipuler, dans leurs polices, subrogation à leur profit aux droits du bailleur assuré contre son locataire, en cas d'incendie. Ce n'est pas là une subrogation proprement dite. En effet, en payant la réparation du sinistre, la compagnie d'assurance acquitte sa propre dette. Elle ne fait aucun payement qui vienne à la décharge ou en l'acquit d'un tiers. Elle n'est donc point dans le cas d'être subrogée. Mais, comme le droit du bailleur contre le locataire est cessible, il a été cédé à la compagnie; et il n'y a pas autre chose qu'une cession.

Il ne faut pas se dissimuler, cependant, que ce n'est qu'en assimilant la subrogation avec la cession, que les jurisconsultes l'introduisirent sous le nom de bénéfice, d'exception d'actions à céder, *beneficium, exceptio cedendarum actionum*. Mais il ne faut pas pousser l'assimilation qu'ils en on faite au delà de leur pensée, au delà des besoins de leur innovation. C'était

(1) DURANTON, t. 12, n° 114. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 371, n^te 2, 1re édit., et t. 4, p. 173, 4e édit. — GAUTHIER, n°s 34, 84 et suiv.

assez pour eux qu'elles se ressemblassent, sous le simple rapport de la substitution d'un créancier à un autre, et de la transmission du droit. Et ce point de ressemblance, nous ne le contestons pas. Ce que nous contestons, c'est qu'on puisse fonder une assimilation complète et absolue sur une similitude d'expressions employées par les jurisconsultes, par suite d'une analogie imparfaite, ou de la pauvreté de la langue légale. Mais aujourd'hui que nous avons deux noms pour distinguer deux choses différentes, la confusion des choses n'a pas même pour excuse la confusion des mots. Voyez l'influence des expressions primitives en matière de subrogation! Mornac (1) se demande s'il suffit que la quittance dise que le tiers qui a payé est subrogé, *subrogatum*, et s'il n'est pas besoin d'ajouter que les actions sont cédées, *actionum cessio*. Il répond que la première expression est suffisante. Prendrait-on encore aujourd'hui au pied de la lettre cette cession d'actions, par laquelle on a commencé à signifier la subrogation? Ne voit-on pas que ce n'est là qu'une expression d'analogie, et non d'assimilation parfaite? Et n'est-ce pas là le fondement du système que nous combattons?

Nous avons vu que le jurisconsulte Paul (2) dit du subrogeant : *Quodam modo nomen debitoris vendidit,* il a vendu en quelque sorte sa créance; que Modestin (3) dit à peu près la même chose : *Cum pretium magis mandatarum actionum solutum... videatur,* le payement ressemble à un prix de cession. Sur cette dernière loi, Cujas dit aussi : *Magis pretium actionum prænumeratum et actiones venditæ videntur;* c'est comme une cession, moyennant un prix payé d'avance. Ces expressions restrictives, *quodam modo, videatur,* n'indique qu'une simple analogie, un rapport, une ressemblance, et non une identité. Aussi, Renusson (4) dit-il : « La simple cession d'ac-

(1) Sur la loi 28, *ff. Mandati.*
(2) L. 36, *ff. De fidejuss.*
(3) L. 76, *ff. De solut.*
(4) Ch. 2, nº 25.

tions, que nous appelons subrogation, a bien quelques effets semblables à la vente, à la cession et transport, mais non pas tous leurs effets. » Et Domat ne veut pas dire autre chose, lorsqu'il donne à la subrogation consentie par le créancier le seul nom de transport (1), et ajoute que « le transport, qui se fait en même temps (que le payement), a le même effet que si le créancier avait vendu son droit à celui qui le paye ».

Enfin, si Dumoulin prononce si souvent les mots de vente et de cession pour exprimer la simple subrogation (2); s'il conclut en disant : *Qui accepto quod sibi debetur, cedit jus suum, vere illud justo et toto pretio vendit* (3), celui qui subroge en recevant payement vend sa créance, à vrai dire, à prix égal, au pair; ce n'est pas pour confondre la subrogation et la cession dans tous leurs effets, puisque, plus loin (4), il dit que le subrogeant n'est pas tenu de céder ses actions à charge de garantie, mais simplement telles qu'il les a : *Creditor non tenetur cedere actiones cum hoc onere ut sint efficaces, sed simpliciter quales habet.*

27. Voici, en effet, une des principales différences qui séparent la subrogation d'avec la cession : Le subrogeant ne doit point de garantie. « Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson (5), n'est obligé à aucune garantie, *suum recepit;* le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige. »

Ce n'est pas, cependant, que le créancier payé ne doive restituer ce qu'il a reçu, s'il n'est pas réellement créancier. Mais ce ne sera point par l'action de garantie qu'il en sera

(1) Liv. 3, tit. 1, sect. 6, nos 1 et 3.

(2) *De usuris,* Quest. 49, nos 343 et 344.

(3) *Ibid.,* no 345.

(4) *Ibid.,* no 672.

(5) Ch. 2, no 22. — Voy. Basnage, *Hyp.,* ch. 15, p. 351. — D'Olive, liv. 4, ch. 14.

tenu; ce sera par l'action appelée, *condictio indebiti* (1), répétition de ce qui a été payé sans cause (1376 et suiv.). Et les conséquences pratiques de ces deux actions ne sont pas du tout les mêmes (2).

Par exemple, le créancier ne pourra, sous prétexte de garantie, être distrait de ses juges naturels. Il pourra encore opposer à l'action en répétition toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur lui-même, telles que l'existence d'une simple obligation naturelle. Il ne sera enfin tenu, à moins qu'il ne soit de mauvaise foi, de restituer que ce qui lui a profité, sans intérêts, ni indemnité pour frais de payement ou de quittance (3). Il n'y aurait d'action en garantie contre lui que dans le cas où, en consentant subrogation, il aurait expressément garanti la réalité de la créance, ou, au fond, fait un véritable transport.

Il n'y a même pas à distinguer, avec MM. Toullier (4) et Duranton (5), entre les deux espèces de subrogation conventionnelle. Que ce soit le créancier qui subroge en quittançant le tiers qui le paye, ou le débiteur qui subroge en empruntant, comme, après tout, le créancier ne fait que recevoir un payement, et non un prix de vente, il n'y a jamais lieu à l'action en garantie proprement dite.

Cependant, la Cour de cassation (6) a décidé que la subrogation consentie dans les termes de l'article 1250, § 1er, laquelle s'opère entre le subrogeant et le subrogé, et qui a pour objet la transmission d'une créance, ainsi que de tous les droits qui s'y rattachent, reste soumise aux règles d'une cession; qu'en

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 353 *bis*. — Zachariæ, t. 2, p. 374, 1re édit., et t. 4, p. 174, 4e édit. — Delvincourt, t. 2, p. 773. — Mourlon, p. 14. — Gauthier, nos 96-99.
(2) Voy. art. 1626 et suiv., et 1693.
(3) Mourlon, p. 15. — Gauthier, n° 99.
(4) T. 7, n° 164. — *Conf.*, Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 287.
(5) T. 12, n° 138.
(6) 4 fév. 1846. Sirey, 46, 1, 97.

conséquence, l'existence de la créance cédée est la condition essentielle de la validité de la subrogation, de même qu'en matière de cession, suivant l'article 1693. Mais il faut remarquer qu'il s'agissait uniquement de savoir si le subrogé avait contre le subrogeant une action en remboursement de ce qu'il avait payé, action que l'arrêt attaqué avait refusée, contrairement à tous les principes. Or, c'est cette action que la Cour suprême reconnaît en définitive ; mais, comme elle la fait résulter du principe de la garantie de droit, nous croyons qu'en ce point sa décision n'est pas à l'abri de toute critique.

28. Le créancier ne garantit point l'efficacité de son droit ; il subroge à sa créance telle qu'elle est, sans répondre de la bonté des privilèges et hypothèques, ni de la solvabilité du débiteur ou de ses cautions. Et en cela la subrogation ressemble à la cession (1694, 1695), bien qu'elle en diffère, comme nous venons de le voir, en ce que la non existence de la créance donne lieu, en cas de cession, à une action en garantie contre le cédant, et, en cas de subrogation, à l'action en répétition de l'indû contre le créancier.

Mais le subrogeant peut, par une convention expresse ou tacite, promettre un certain rang privilégié ou hypothécaire (1), répondre de la solvabilité des débiteurs, se charger de l'efficacité de la créance. De cette clause spéciale naît alors contre lui une action en garantie.

Il ne répond cependant, comme le cédant, de la solvabilité du débiteur, lorsqu'il s'y est engagé, que jusqu'à concurrence, non pas du prix qu'il a retiré de la créance, puisqu'il ne vend pas, mais de ce qui lui a été payé (1694).

Et même, lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir, si le subrogé ne l'a expressément stipulé (1695).

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 353 *bis*. — GAUTHIER, n° 100.

29. La cession, quel qu'en soit le prix, transporte au cessionnaire la créance cédée tout entière. Il s'agit, en effet, d'une vente. La subrogation, au contraire, ne substitue le subrogé à l'ancien créancier, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé, *in eâ quantitate quam superiori exsolvit* (1). C'est que la subrogation étant fondée sur un payement, doit y correspondre. Ce payement lui sert donc de mesure.

Il faut se garder, néanmoins, de s'arrêter trop aveuglément au sens apparent des mots. On doit toujours aller au fond des choses, et consulter la commune intention des parties. Ainsi, bien que le créancier n'ait effectivement touché qu'une partie de sa créance, il peut tout de même avoir voulu subroger dans la totalité. Cette remise faite au subrogé peut alors s'expliquer, soit par l'intention du subrogeant de lui procurer un bénéfice, soit par les risques et les difficultés du recouvrement de la créance transmise. L'appréciation de chaque espèce doit donc être abandonnée à l'interprétation. Il appartient aux juges de consulter la valeur et le sens des mots, la commune intention des parties; de décider enfin si le subrogeant n'a entendu subroger que jusqu'à concurrence de ce qui lui a été payé, ou bien, au contraire, pour la totalité de la créance (2). Mais, dans le doute, il faudra s'en tenir au principe que la subrogation n'a lieu que jusqu'à concurrence du payement. C'est là sa nature. Il s'agit donc d'y apporter une dérogation, et cette preuve est à la charge du subrogé. On peut consulter à cet égard l'affaire Bellanger contre le prince de Talleyrand, affaire qui fut jugée en fait, et ne peut ainsi valoir qu'à titre de renseignements (3).

Lorsque la subrogation a lieu pour plus qu'il n'a été effecti-

(1) L. 16, *ff. qui potior. in pign.*

(2) TOULLIER, t. 7, n° 124. — DURANTON, t. 12, n° 122. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 373, n^to^ 12, 1re édit., et t. 4, p. 174, 4e édit. — GAUTHIER, n°s 50-55. — MOURLON, p. 13 et 26.

(3) Voy. DURANTON, t. 12, n° 122. — TOULLIER, t. 7, n° 123. — MERLIN, Quest., v° *Subrogation*.

vement payé, cette différence entre le payement et le montant de la créance transmise, la rapproche un peu plus de la cession. Elle n'est pas pour cela une cession proprement dite, et ne perd aucun des caractères particuliers qui l'en distinguent essentiellement. Mais, en fait, le doute peut s'aggraver lorsqu'il s'agit de préciser la nature de l'opération. Est-ce une cession? Est-ce une simple subrogation? Voilà les questions que l'interprétation devra résoudre. Elle aura spécialement à rechercher si le payement a été affecté à l'acquittement de l'obligation du débiteur, moyennant subrogation, plutôt qu'à l'acquittement d'un prix de transport (1). Car c'est là le point capital.

30. Le créancier, s'il a capacité de recevoir, a également capacité de subroger. Capable de l'un, il est, au même titre, capable de l'autre. Mais il en est autrement du simple mandataire.

Pour être capable de recevoir payement, il n'est pas toujours pour cela capable de consentir subrogation. Sa capacité à cet égard doit se fonder, soit sur des pouvoirs spécialement conférés, soit sur un mandat général d'administration. S'il agit en vertu d'un mandat spécial, limité au droit de recevoir simplement le payement de la dette, il n'a pas qualité pour passer subrogation en faveur du tiers qui aurait versé les deniers dans ses mains. Ce dernier ne pourrait se prévaloir d'aucune subrogation conventionnelle; il serait seulement admis, s'il y avait lieu, à invoquer la subrogation de droit inhérente au fait même du payement.

Ainsi, l'huissier porteur de pièces, et chargé en cette qualité du recouvrement de la créance, ne peut consentir au profit de celui qui le paye de subrogation conventionnelle. Autrement, il excèderait le mandat qui lui a été tacitement confié, et les tiers intéressés seraient fondés à opposer au prétendu subrogé

(1) Voy. Duranton, t. 12, n° 122. — Gauthier, n° 53.

la nullité de sa subrogation (1). Comme le créancier est maître de l'accorder ou de la refuser, elle doit se fonder sur l'expression formelle de sa volonté. Or, de ce qu'il veut être payé, il ne résulte pas qu'il veuille subroger. Le droit de subroger n'est donc pas nécessairement compris dans le droit de recevoir conféré au mandataire.

Mais le créancier peut toujours couvrir le vice de la subrogation par une ratification expresse ou tacite ; et la réception des deniers, avec connaissance de subrogation consentie, pourra elle-même, le plus souvent, valoir comme ratification (2). D'autre part, le tiers aura le droit de répéter les deniers qu'il a versés, puisqu'il n'a payé que sous la condition inaccomplie qu'il serait subrogé. Dès lors, le créancier rentre dans ses droits, et en reprend personnellement l'exercice, comme si aucun payement n'avait eu lieu.

On peut être capable de recevoir payement et de subroger, et ne pas avoir néanmoins qualité pour consentir une cession de la créance, sans l'accomplissement de certaines formalités. Cette incapacité se rencontre notamment chez les administrateurs et représentants de corps moraux, dont les biens ne doivent être aliénés qu'avec certaines conditions indispensables. Ils peuvent subroger le tiers qui paye, parce qu'ils peuvent recevoir (3), mais ils ne peuvent céder. Et cette circonstance ne sera pas un des moindres indices d'une simple subrogation.

31. En faisant du payement de la créance la base de la subrogation, la loi n'exige pas pour cela que le tiers qui paye pour le débiteur, paye précisément dans les termes de la dette

(1) Voy. *suprà*, n° 8. — GAUTHIER, n° 104 *bis*. — Cass., 2 août 1848. SIREY, 48, 1, 695. — *Contrà*, Colmar, 21 déc. 1832. SIREY, 33, 2, 251. — Nancy, 3 mai 1856. SIREY, 56, 2, 327.

(2) Nancy, 3 mai 1856. SIREY, 56, 2, 327. — Cass., 7 avril 1858. SIREY, 58, 1, 810.

(3) GAUTHIER, n° 103. — MOURLON, p. 14.

qu'il acquitte. Je vous dois cent francs; un tiers vous désintéresse en vous livrant un cheval; la subrogation que vous lui aurez par suite consentie n'en sera pas moins bien venue. Peu importe, en effet, au débiteur et à ses autres créanciers, que la subrogation se fasse moyennant le payement de telle ou telle chose, pourvu que le créancier qui a reçu du tiers se tienne pour désintéressé. Mais, le plus souvent, une semblable opération constituera, de la part du subrogeant prétendu, une délégation ou un transport. Il faudra donc toujours en revenir à cette question : le tiers a-t-il livré sa chose dans l'intention de payer pour le débiteur, moyennant subrogation?

32. Bien que l'article 1250, en parlant d'un créancier recevant son payement, semble exiger, comme condition de la subrogation, un payement immédiatement et instantanément reçu, néanmoins, la subrogation peut être très régulièrement consentie, moyennant une simple promesse de payement à terme. Paul vous doit mille francs; je vais à vous, et, sans vous payer à l'instant même, je vous souscris personnellement la promesse de vous payer dans six mois, moyennant quoi vous me déclarez subrogé en tous vos droits, hypothèques et priviléges. Rigoureusement, vous n'êtes point encore payé. Cependant, vous êtes désintéressé vis-à-vis de Paul, par cela même que vous avez accepté ma promesse pour argent comptant, comme décharge, et non comme cautionnement de votre débiteur. Dès lors, vous avez pu valablement me subroger en votre créance, sauf à moi à tenir à votre égard l'engagement que j'ai contracté.

Mais, lorsque le créancier sera ainsi payé, moins en argent comptant qu'en promesse, l'opération constituera, le plus souvent, soit un simple cautionnement de la part du tiers, soit une cession de la part du créancier. Les juges examineront donc si le tiers n'a entendu que provisoirement donner un cautionnement dont l'exécution doit le conduire à la subrogation légale; si, au contraire, il a entendu obtenir, et le créan-

cier consentir immédiatement une subrogation conventionnelle; ou bien enfin, s'ils ont entendu l'un vendre, et l'autre acheter la créance, moyennant un prix payable à terme. C'est à l'interprétation à rechercher, suivant ses règles ordinaires, si l'acte présente, dans ses expressions ou dans ses circonstances, les caractères de tel fait juridique plutôt que de tel autre.

33. Quant à l'acte qui constate la subrogation consentie par le créancier, il n'est soumis à aucune formalité spéciale. La subrogation est donc valable par acte sous signature privée, aussi bien que par acte authentique (1). Et même, en matière commerciale, la preuve en est admissible par témoins et par présomptions, conformément au droit commun, non-seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers (2). L'acte de subrogation est, d'ailleurs, opposable au débiteur et à ses ayants-cause, quoiqu'il n'ait point date certaine, alors du moins qu'il n'est opposé aucune exception personnelle au subrogeant (3).

34. Le transport auquel aboutit la subrogation a même lieu par la seule force du contrat. Le subrogé en devient immédiatement propriétaire, à l'égard du créancier qu'il paye, sans qu'il soit nécessaire de lui faire remise des titres de créance (4). Mais le subrogeant n'en devra pas moins les lui remettre, parce que la délivrance dont il est tenu s'opère, entre lui et le subrogé, par la remise du titre (1689).

35. Quoi qu'il en soit, comment le subrogé sera-t-il saisi de la créance envers les tiers, c'est-à-dire le débiteur, les créanciers opposants, subrogés ou cessionnaires ultérieurs? Ne le

(1) Toullier, t. 7, n° 116. — Zachariæ, t. 2, p. 372, 1re édit., et t. 4, p. 170, 4e édit. — Gauthier, n° 117. — Cass, 20 janvier 1857. Sirey, 57, 1, 332.

(2) Cass., 2 juin. 1863. Sirey, 63, 1, 335.

(3) Cass., 6 août 1877. Sirey, 78, 1, 120.

(4) *Infrà*, n° 43.

sera-t-il, ainsi que tout cessionnaire, que par la signification de l'acte contenant subrogation adressée au débiteur, ou par l'acceptation de la subrogation faite par ce dernier dans un acte authentique (1690)? En tous cas, ne le sera-t-il que par la remise en ses mains des titres de créances? Ces questions ont divisé les auteurs.

Nous n'avons à examiner la nécessité d'une signification ou d'une acceptation, qu'au cas où il s'agit de la subrogation légale, ou de la subrogation consentie par le créancier. Car, en ce qui concerne la subrogation consentie par le débiteur, comme elle n'existe que par la combinaison de deux actes authentiques, l'un constatant l'emprunt, l'autre contenant la quittance, avec mention de la destination et de l'emploi des deniers, le concours du débiteur dans ces actes fait que le subrogé est parfaitement saisi à son égard (1).

Or, quant aux autres cas de subrogation, nous ne pensons pas que le subrogé doive signifier ou faire accepter l'acte contenant subrogation, pour être saisi à l'égard des tiers.

Plaçons-nous dans un cas de subrogation légale, le plus simple de tous, celui où une caution a payé en l'acquit du principal obligé. Si la caution est subrogée de droit, c'est que la loi présume que le créancier, recevant d'elle son payement et n'ayant aucune bonne raison pour lui refuser la subrogation, la subroge effectivement en tous ses droits et actions contre l'obligé principal. La loi sous-entend d'office cette subrogation, qui n'est autre chose que la subrogation conventionnelle par quittance, la subrogation consentie par le créancier. Demandons-nous donc si la caution qui a payé, et est conséquemment subrogée, n'est cependant saisie, à l'égard des tiers, que par une signification ou une acceptation de l'acte produisant subrogation. Ce qui sera vrai de la caution, en tant que créancier subrogé, le sera également de tout autre subrogé, quel qu'il soit.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 376, n^te 21, 1re édit., et t. 4, p. 174, 4e édit.

A coup sûr, elle n'est pas un cessionnaire ; et nous n'avons pas besoin de revenir sur les différences remarquables qui, en fait et en droit, distinguent cette subrogation de la cession-transport. Nous n'insisterons que sur un seul point ; mais ce point nous semble capital : c'est, qu'après tout, il n'y a qu'un payement et pas de prix de vente ; que le créancier reçoit simplement payement et ne vend pas sa créance. Or, les dispositions toutes spéciales de l'article 1690 sont une exception au droit commun, qui rend la transmission de toute propriété parfaite par la seule force des contrats, si bien que, si cet article n'existait pas, il faudrait recourir à l'article 1138, même en ce qui touche les cessions de choses incorporelles. Si donc l'article 1690 n'est qu'une exception, il ne faut pas en étendre l'application hors du cas particulier pour lequel il dispose.

Vainement objecterait-on que la subrogation, aboutissant à la substitution d'un créancier à un autre, se résume dans un transport de créance et de droits sur un tiers. Il n'en est pas moins vrai que la subrogation a son principe dans un fait de payement ; que le tiers qui paye et obtient subrogation n'est, à l'égard du débiteur, qu'un *negotiorum gestor;* qu'il peut même, de subrogé qu'il est, se restreindre à la position de simple *negotiorum gestor;* car la subrogation est pour lui un bénéfice auquel il peut renoncer. Est-il donc une disposition qui astreigne le gérant à signifier au débiteur l'acte constatant ses faits de gestion, pour qu'il soit valablement saisi et puisse agir à son égard et à celui des tiers ? Cette disposition n'existe pas et ne saurait exister. Les faits de gestion produisent un quasi-contrat, lequel produit une action dont l'exercice est indépendant de toutes les formalités prescrites au cessionnaire par l'article 1690. Qu'importe que le subrogé soit un peu plus qu'un simple gérant ? Il suffit que son droit résulte d'une gestion, pour qu'il soit dispensé de signifier et de faire accepter. Pour être un gérant d'une qualité particulière, il ne cesse pas pour cela d'être un gérant et d'être saisi, à ce titre, de droits

et d'actions pour la saisine desquels la loi n'a imposé aucune condition spéciale autre que la gestion même.

Si l'on se jette dans le chapitre des considérations, pour justifier la nécessité d'une signification ou d'une acceptation, on arrive à des arguments qui ont le tort de prouver trop, c'est-à-dire de ne prouver rien. Nous pouvons envisager le subrogé, dans ses rapports avec le débiteur, et dans ses rapports avec les tiers qui, dans l'ignorance de la subrogation, pratiquent une saisie-arrêt, ou se font consentir un transport du chef de l'ancien créancier. On dira : comment le débiteur saura-t-il quel est désormais son créancier? Quel reproche pourra-t-on lui faire, s'il paye entre les mains du subrogeant, ou de ses créanciers opposants, ou de ses cessionnaires ultérieurs. Comment ceux-ci ne seront-ils pas trompés par les apparences, si aucun acte ne vient, en quelque sorte, imprimer sur la personne du débiteur le sceau de la mutation? Les surprises, les fraudes, les dissimulations ne seront-elles pas rendues plus faciles? Voilà sur quels motifs sont fondées les dispositions de l'article 1690. Ces raisons sont les mêmes, en cas de subrogation; *ubi eadem ratio, idem jus.*

Quant à la possibilité de la fraude, nous répondrons que, si le législateur peut s'en préoccuper quand il édicte une disposition, il n'est pas d'une saine logique d'en tirer argument, vu que la fraude passe toutes les règles. Mais, qu'on y fasse attention, les simples payements peuvent aussi être ignorés, et devenir l'occasion de surprises et de fraudes. Je vous dois mille francs; je vous paye à l'échéance ou même par anticipation; vous pouvez ensuite céder frauduleusement à un tiers votre créance, bien qu'elle soit éteinte. Vos créanciers, dans l'ignorance du payement, peuvent pratiquer dans mes mains des saisies-arrêts : voilà des erreurs et des fraudes. Qu'a fait la loi pour les prévenir et les empêcher? Rien. Mais ce n'est pas moi qui vous ai payé; c'est un tiers qui l'a fait, en mon nom et en mon acquit. Est-il une disposition qui lui enjoigne de me faire signifier ce payement et de me faire authentiquement

accepter sa gestion? Or, encore une fois, la subrogation naît d'un payement; ce sont donc les principes relatifs au payement qui lui sont applicables, et non ceux exceptionnels qui concernent la cession (1).

36. Nous en déduisons immédiatement cette conséquence générale, que tout subrogé peut opposer aux tiers cessionnaires, subrogés ou opposants ultérieurs, le payement d'où résulte sa subrogation, dans tous les cas où le débiteur pourrait lui-même le leur opposer, s'il l'avait fait personnellement.

Supposons que le débiteur ait payé lui-même; nous verrons, sous l'article 1328 (2), qu'il peut opposer le payement, alors même qu'il n'est pas constaté par un acte ayant date certaine, aux tiers opposants ou cessionnaires, comme au créancier lui-même. Le tiers qui, en payant, aura obtenu subrogation légale ou conventionnelle, pourra de même écarter les tiers opposants; car, sa subrogation étant inhérente au fait même de payement, il suffit que ce payement leur soit opposable. Soit qu'on le considère comme subrogé ou comme simple gérant, il est, en l'une ou l'autre qualité, créancier du débiteur. A ce titre, et suivant l'article 1166, il peut en exercer les droits. Or, parmi ces droits, se trouve celui d'exciper du payement effectué, alors même qu'il n'a pas date certaine, pourvu que toutes les circonstances en établissent d'ailleurs l'antériorité.

37. Par les mêmes raisons et sous les mêmes conditions, le subrogé pourra se prévaloir, à l'encontre des cessionnaires ultérieurs, du payement qu'il aura effectué, quand même il ne sera pas constaté par un acte ayant date certaine antérieure.

(1) Zachariæ, t. 2, p. 376, n^te^ 21, 1re édit., et t. 4, p. 174, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 125. — Gauthier, n° 134. — Amiens, 9 déc. 1872. Sirey, 72, 2, 262. — *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 127.
(2) N°s 23 et suiv.

38. Il en sera de même en cas de concours de plusieurs subrogations successives. Celle-là ne prévaudra pas nécessairement, dont l'existence sera établie par un acte ayant date certaine, si l'antériorité des autres est constatée par toutes les circonstances de la cause (1). La Cour de cassation (2) a décidé, il est vrai, qu'on avait pu, sans violer les articles 1322 et 1328, et sans en faire une fausse application, juger qu'une quittance subrogative sans date certaine ne pouvait être opposée, lorsqu'il n'existait dans la cause aucune des circonstances légales susceptibles d'en fixer l'antériorité à l'égard des tiers postérieurement subrogés. Mais, loin de contrarier notre opinion, cet arrêt l'appuie, puisqu'en ne subordonnant pas l'efficacité de la subrogation exclusivement à la preuve de son antériorité d'après l'un des moyens énoncés dans l'article 1328, il permet au juge d'apprécier les diverses circonstances de fait. Or nous ne prétendons pas autre chose.

39. Entrons maintenant dans les rapports du subrogé avec le débiteur. Le subrogé doit l'avertir du payement qu'il a fait. S'il n'est pas averti et qu'il paye lui-même le créancier ou tous autres à ses droits, tels que des créanciers opposants, cessionnaires ou autres subrogés, il n'est exposé à aucun recours de la part du premier subrogé, qui n'a qu'une action en répétition contre le créancier subrogeant. Nous appliquons ainsi d'une manière générale l'article 2031. C'est que le premier payement, faute d'avis, ne lui a pas profité (3).

Mais il suffit que le subrogé avertisse le débiteur principal, alors même qu'il y a des cautions. Les cautions ne doivent, en effet, payer elles-mêmes qu'en prévenant le débiteur (2031).

Si, dans l'ignorance d'une première subrogation qui n'a pas été régulièrement signalée, un codébiteur solidaire, fidéjusseur, ou tout autre coobligé obtient la subrogation légale, en

(1) *Contrà*, Gauthier, nos 119 et 120.
(2) 31 janv. 1843. Sirey, 43, 1, 616.
(3) Gauthier, no 135.

payant une seconde fois le créancier, de bonne foi et sans imprudence imputable, il demeurera seul et exclusivement subrogé. Payant, en effet, entre les mains du possesseur de la créance, il fait un payement valable (1240) qui, non-seulement le libère comme coobligé dans la dette, mais encore produit en sa faveur tous les effets d'un payement régulier. Le premier subrogé, faute par lui d'avoir dénoncé sa subrogation, n'aura de recours que contre le créancier subrogeant.

La subrogation ultérieure l'emporte également sur la première, lorsque le débiteur, dans l'ignorance de la subrogation antérieure dont il n'a pas été prévenu, emprunte avec subrogation, conformément à l'article 1250, § 2. Le prêteur subrogé, pourvu qu'il soit lui-même de bonne foi, doit être préféré ; car le débiteur ayant acquitté sa dette au moyen de deniers empruntés, et étant tenu envers son créancier de l'action pour prêt, indépendamment et abstraction faite de toute subrogation conventionnelle, le payement effectué par le premier subrogé n'a point tourné à sa libération, et la subrogation par lui invoquée manque de cause légale.

Il en est de même, lorsque le second subrogé a obtenu subrogation du créancier, et que le débiteur a sollicité ou ratifié le payement, ou qu'il a accepté la subrogation, ou qu'il s'est personnellement engagé envers le subrogé. Comme il est, dans tous les cas, en vertu d'une obligation personnelle qui reste indépendante de toute subrogation, tenu d'indemniser le tiers qui a acquitté la dette, il n'a tiré aucun profit du payement fait par le premier subrogé, et ce dernier ne peut se prévaloir d'une subrogation qui exposerait le débiteur à un double recours de la part de chacun des subrogés successifs.

Mais remarquons que la préférence que nous accordons au second subrogé, se déduit uniquement de la situation particulière du débiteur, de sa bonne foi lors de la dernière subrogation, et des engagements par lui contractés qui annulent à son égard les avantages du premier payement. Elle se donne ainsi de son chef. Si donc il s'était engagé de mauvaise foi,

c'est-à-dire avec connaissance, envers le second subrogé, quelle que fût la bonne foi personnelle de ce dernier, la préférence entre les subrogés se règlerait par la priorité de dates et l'ordre des payements faits avec subrogation. C'est qu'alors le débiteur ne peut exciper de l'inefficacité du premier payement, puisqu'il a été à même de s'en prévaloir pour sa libération.

40. Le débiteur pouvant valablement payer entre les mains du créancier, tant qu'il n'est pas averti de la subrogation existante au profit d'un autre, peut de même opérer avec son créancier toute compensation facultative. Cet acte tient alors lieu d'un payement réel.

Quant à la compensation légale qui s'est opérée de plein droit, avant l'acte de subrogation, elle enlève au prétendu subrogé tout recours contre le débiteur, au moins à due concurrence, puisque le payement ne lui a pas été utile, et qu'il avait à ce moment des moyens de faire déclarer la dette éteinte ou réduite. Il est même indifférent que cette compensation, qui vaut payement, se fonde sur des éléments ayant ou non acquis date certaine avant la subrogation.

Mais après cette subrogation, quoiqu'elle n'ait pas été dénoncée au débiteur, toute compensation légale entre lui et le créancier ne peut utilement s'opérer de plein droit. Le subrogé est, en effet, devenu créancier à sa place, et il n'y a plus, par rapport à lui, concours de créances et de dettes réciproques. Il n'y a de compensation désormais possible qu'avec le subrogé.

Cependant, comme le débiteur, confiant dans une compensation de plein droit, et ignorant d'ailleurs l'existence d'une subrogation antérieure, a pu négliger de poursuivre le remboursement de sa créance, laisser le subrogeant devenir insolvable, et prescrire le capital ou les intérêts de ce qui lui est dû; dans ce cas, le subrogé n'aura d'action contre lui, en vertu de la subrogation, que jusqu'à concurrence de ce qui

aura réellement tourné à sa libération. Ainsi se concilient la rigueur des principes et les règles de l'équité. Il suffira même au débiteur d'abandonner au subrogé, à due concurrence, ses actions contre le subrogeant, pour être exercées à ses risques et périls. Et cet abandon devra se faire sur le pied de la valeur que ces actions avaient au moment où la compensation se serait accomplie, si la subrogation n'avait pas eu lieu.

41. Si, depuis la subrogation, ignorée du débiteur, il était intervenu un jugement qui l'eût acquitté des poursuites du créancier originaire, le subrogé ne pourrait y former tierce-opposition. Il n'aurait qu'une action en répétition contre le subrogeant. Le débiteur peut, en effet, dans l'ignorance de la subrogation, valablement se libérer entre les mains de l'ancien créancier. Le subrogé ne peut, conséquemment, pas plus critiquer le jugement intervenu que le payement effectué; et d'ailleurs, le payement sur lequel il se fonde n'a point profité au débiteur (1).

42. Mais la loi ne trace aucune forme particulière pour l'avertissement que le subrogé doit donner au débiteur, de la subrogation consentie à son profit. Elle ne dit pas qu'il doive consister dans une notification de la subrogation. Il suffit que le subrogé avertisse d'une manière quelconque le débiteur du payement qu'il a fait, soit par signification authentique, soit par simple lettre, soit de vive voix. Il suffirait encore d'une déclaration authentique ou privée du débiteur, par laquelle il se tiendrait pour bien et dûment averti de la subrogation. Et même, comme c'est là une question d'erreur et de bonne foi, le vœu de la loi serait rempli si, d'une manière ou d'une autre, le débiteur avait su, à n'en pas douter, le payement antérieurement effectué, si, par exemple, il a été fait en sa présence, sous ses yeux.

(1) Argument de l'art. 2031. — Cass., 16 juill. 1816. Sirey, 17, 1, 25 (Arrêt rendu en matière de cession). — Amiens, 9 décembre 1872. Sirey, 72, 2, 262.

C'est au subrogé à prouver qu'il en a été averti ou informé d'une manière quelconque. Mais, en cas de dénégation, il peut l'établir par tous les moyens de droit, même par la preuve testimoniale, quelle que soit la somme payée. Car il s'agit de prouver non une convention, mais un fait. A cet égard, M. Duranton semble en contradiction avec lui-même. Après avoir restreint l'admission de la preuve testimoniale au cas où cette preuve est admissible, c'est-à-dire où il s'agit d'une somme non excédant cent cinquante francs (1), il l'admet ensuite, dans une autre partie de son ouvrage, sans restriction, pour toute somme (2). Quant à nous, nous adoptons cette dernière opinion et croyons, en conséquence, que la preuve testimoniale est toujours admissible pour établir que le débiteur a eu connaissance de la subrogation, de quelque somme qu'il s'agisse, et quel que soit le fait duquel on prétend induire cette connaissance acquise. Il ne s'agit pas, en effet, de prouver une convention, mais la bonne ou mauvaise foi du débiteur.

Cependant, comme une preuve à faire par témoins est toujours périlleuse et incertaine, que des enquêtes sont toujours longues et coûteuses, il est prudent d'avertir le débiteur par acte d'huissier, ou d'obtenir de lui déclaration par laquelle il se tienne pour bien informé.

43. Faut-il, du moins, pour que le subrogé soit saisi de la créance, que le titre lui ait été remis? M. Toullier (3) tient pour l'affirmative; mais c'est là une erreur réfutée par M. Duranton, (4). En effet, l'article 1141, sur lequel se fonde M. Toullier, ne comprend que les choses corporelles, susceptibles d'une possession manuelle et effective. Les expressions dont

(1) T. 12, n° 124.
(2) T. 18, n° 356.
(3) T. 7, n° 126. — *Junge*, Delvincourt, t. 2, p. 771.
(4) T. 12, n° 126. — *Conf.*, Gauthier, n°s 131 et suiv. — Mourlon, p. 249. — Marcadé, art. 1250, n° 2. — Amiens. 9 déc. 1872. Sirey, 72, 2, 262.

il se sert l'indiquent assez : *chose purement mobilière, mise en possession réelle*. Ces termes prouvent clairement que, dans les prévisions de cet article, il ne s'agit point de choses incorporelles. Comment se mettre en possession réelle d'une créance? Comment la saisir? Comment l'appréhender? Par le titre? Mais le titre ne la constitue pas, il la prouve; il n'est pas la créance, il en est seulement la preuve. Et si l'article 1689 dit que la délivrance s'opère, entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre, c'est uniquement en ce sens que le cédant doit remettre le titre au cessionnaire; mais non en ce sens que la remise du titre soit nécessaire pour déplacer la propriété (1). Car la transmission s'en est déjà opérée par la seule force du contrat (1138, 1583). Lorsqu'il s'agit d'une cession, le contrat ne suffit point sans doute pour saisir le cessionnaire à l'égard du tiers; il faut ou une signification du transport faite au débiteur, ou une acceptation authentique donnée par ce dernier. Mais l'accomplissement de ces formalités suffit pour saisir le cessionnaire, sans qu'il soit nécessaire que le titre lui ait été remis (2). Cette remise, comme élément de la transmission de la propriété, est donc absolument indifférente. Mais la prudence invite le subrogé à l'exiger, afin de prévenir les fraudes dont il pourrait faciliter la perpétration, en restant dans les mains de l'ancien créancier.

44. De ce que le subrogé est saisi par la seule force de la subrogation, indépendamment de toute remise de titre et de toute signification ou acceptation, il résulte des conséquences faciles à saisir. Ces conséquences sont précisément inverses de celles que les auteurs et la jurisprudence ont déduites, en fait de cession, de la nécessité d'une signification ou d'une acceptation du transport.

Ainsi, le subrogé est, à l'égard des tiers, propriétaire de la créance, par l'effet immédiat de la subrogation, tandis que

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 374, n° 15, 1re édit.
(2) TROPLONG, *Vente*, n° 881.

le cessionnaire ne le devient que par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690 (1). Jusque-là, la propriété demeure sur la tête du cédant, qui ne s'en est nullement dessaisi quant à eux, et peut, conséquemment, exercer tous les droits qui en dérivent, comme s'il n'en avait fait aucune cession. L'exercice de ces droits appartient, au contraire, incontinent au subrogé. C'est à lui de faire désormais tous les actes conservatoires, d'interjecter appel, de prendre ou renouveler les inscriptions, de surenchérir, de poursuivre les tiers détenteurs, d'opposer la créance en compensation, d'agir enfin comme seul et exclusif créancier, du moins pour toute la quotité qui lui a été transmise, et sauf, également, ce que nous avons dit du droit de payer et de compenser entre les mains du créancier originaire.

45. Nous devons terminer notre commentaire sur la subrogation par la voie de quittance, par quelques observations sur une autre espèce de subrogation, improprement qualifiée de ce titre. Nous voulons parler de cette subrogation toute conventionnelle qui, en dehors de tout payement, met un tiers au lieu et place du créancier pour l'exercice d'un privilége, d'une hypothèque. Ce n'est que par un abus de mots qu'on peut appeler cet acte du nom de subrogation. Mais, prenant l'effet pour la cause, on a donné cette qualification à ce qui est, en réalité, une véritable cession. Tout langage, au surplus, est bon, pourvu qu'on le comprenne et qu'on se comprenne. Aussi, cette impropriété d'expression importe-t-elle très peu ici, parce qu'on ne fait pas difficulté d'entendre la subrogation dont nous nous occupons, non dans le sens que lui donnent les articles 1249 et suivants, mais dans le sens d'une simple mise au lieu et place du créancier primitif. Ceci posé, expliquons-nous.

Je veux emprunter dix mille francs. Le prêteur veut une hypothèque, que je ne puis lui donner, faute d'immeubles, ou

(1) *Contrà*, Delvincourt, t. 2, p. 771.

faute d'immeubles libres. Mais je suis créancier d'un tiers pour une somme de quinze ou vingt mille francs, avec première hypothèque ou même privilége. Je subroge donc, en empruntant les dix mille francs, le prêteur en mon privilége ou mon hypothèque.

Au lieu d'un emprunt, nous pouvons supposer toute autre obligation, pour sûreté de laquelle je consens subrogation dans les priviléges ou hypothèques que je puis avoir sur des tiers pour différentes créances.

On comprend tout de suite l'importance de cette opération. Elle me donne un crédit que, sans la possibilité de la subrogation, je ne pourrais avoir. Riche seulement de créances mobilières, réduit à l'impossibilité de donner d'autres sûretés que celles dérivant du gage, j'arrive, par son judicieux emploi, à faire participer mes créanciers personnels aux garanties immobilières que j'ai moi-même sur des tiers. Sans immeubles, j'ai cependant tous les avantages d'un crédit foncier, et je les communique à ceux envers lesquels je m'oblige. Voilà comment le même immeuble multiplie le crédit de plusieurs personnes, par la mobilité des opérations auxquelles il sert successivement de garantie.

Cette subrogation, avons-nous dit, est une véritable cession conditionnelle dans ses effets, ou, si l'on aime mieux, une délégation; car il n'y a pas de prix de vente. Le créancier subrogé est bien au lieu et place du subrogeant; l'hypothèque cédée s'est appliquée à la créance nouvelle; ou plutôt, la créance nouvelle a pris la place de la créance originaire, quant aux garanties spéciales qui l'assurent. Ce n'est pas, cependant, que l'hypothèque se détache de la créance primitive, et qu'elle se cède isolément; car elle est un accessoire qui ne peut exister sans le principal. Mais il est plus vrai de dire que la créance préexistante est cédée avec elle, exactement dans les limites et les proportions de la créance nouvelle; de telle sorte que le nouveau créancier, sans cesser d'être créancier du nouveau débiteur qui a contracté avec lui, est aussi créancier du débi-

teur délégué. En un mot, il y a un lien si intime entre l'hypothèque et la créance, qu'en cédant l'hypothèque on transporte en même temps tout ou partie des créances auxquelles cette hypothèque est attachée (1).

Ainsi encore, les immeubles que je possède sont grevés d'hypothèques, et n'offrent dès lors qu'une sûreté insuffisante. Le créancier qui traite avec moi, soit qu'il s'agisse d'un prêt ou de tout autre acte, peut sans doute se contenter d'une simple renonciation à son hypothèque de la part du créancier envers lequel mes biens sont affectés. Mais il peut aussi exiger, pour sa plus ample garantie, qu'il accède lui-même à mon engagement, et qu'il le subroge expressément ou implicitement à son droit hypothécaire, indépendamment des autres garanties qu'il se fait donner. Dans ce cas encore, il y a, de la part du créancier subrogeant, cession et transport de ses droits sur la tête d'un autre. Mais il y a cette différence que la subrogation a lieu dans l'intérêt du débiteur contre lequel le créancier est subrogé. Aussi aboutit-elle, entre le subrogeant et le subrogé, à un échange de rang, et, en réalité, de créances, à due concurrence de celle de ce dernier, et pour garantie de son payement. Voici comment : le débiteur paye-t-il le créancier subrogé? Les effets de la subrogation cessent, et le subrogeant rentre dans sa créance contre lui. Est-ce le subrogeant qui désintéresse le créancier, en lui laissant prendre son rang et le montant de sa collocation, par suite de la subrogation consentie? Comme alors il paye, avec ses propres deniers, un tiers qui lui est préférable, il se trouve de droit subrogé à sa créance; ou bien encore il y est légalement subrogé, comme celui qui donne pour la dette d'un tiers sa créance en gage, sans préjudice de la subrogation qui peut résulter, en sa faveur, de ce

(1) PROUDHON, *Usuf.*, n° 2336. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 213, 1re édit., et t. 3, p. 455, nte 2, 4e édit. — GAUTHIER, n° 562. — MOURLON, p. 578 et suiv. — *Contrà*, VALETTE, *Priv. et hyp.*, t. 1, p. 211. — TROPLONG, *Transcript.*, nos 325 et suiv.

qu'il a, comme personnellement coobligé, acquitté la dette d'un autre. Mais en même temps la créance et l'hypothèque qui ont fait l'objet de la subrogation sont absolument éteintes jusqu'à concurrence de la collocation que le subrogé a obtenue, comme tel, au lieu et place du subrogeant (1).

16. De ce premier aperçu nous tirons d'abord cette conséquence : c'est que le subrogé a tous les droits d'un cessionnaire, et que, en cette qualité, il n'est saisi envers les tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique. Ceci nous éloigne déjà des règles ordinaires de la subrogation proprement dite.

Nous le répétons, en effet; céder l'hypothèque, le rang, l'antériorité, ou céder la créance, c'est tout un. Car ce droit d'hypothèque ne vaut que par le droit de créance, avec lequel il s'identifie. Est-ce que le cessionnaire du droit hypothécaire ne doit pas prendre, en définitive, le montant de la collocation afférente au cédant, et le prendre à titre de propriété? Or, si cette cession d'hypothèque aboutit nécessairement à une translation de droits sur un tiers, et par suite de créance, qu'est-elle donc, si ce n'est une véritable cession-transport? Sans doute, elle est modifiée, en ce sens qu'elle ne produit pas des effets définitifs et irrévocables; qu'elle est conditionnelle dans ses résultats; que le prétendu subrogé n'exerce le droit qui lui est transmis que si, d'ailleurs, il n'est pas remboursé; que le soi-disant subrogeant payant le cessionnaire, soit par lui, soit par le débiteur principal, reprend son hypothèque et sa créance. Mais il n'y a en cela rien qui répugne à l'idée d'une cession-transport, qui rentre dans les termes des articles 1689 et suivants; idée simple, qui explique parfaitement l'opération et maintient l'unité dans les dispositions du Code (2).

(1) Cass., 11 février 1867. Sirey, 67, 1, 101.
(2) Voy. Mourlon, p. 578 et suiv.

47. Le débiteur qui a subrogé un tiers à son hypothèque, doit faire connaître à la personne contre laquelle la subrogation avait eu lieu, et à laquelle la cession avait été dénoncée, le payement qu'il a fait lui-même, plus tard, à son créancier, et qui le réintègre dans la propriété de la créance cédée. De même, en effet, que le subrogé à dû l'avertir de sa subrogation, de même aussi le subrogeant doit le prévenir de la cessation des effets de cette même subrogation. Autrement, le débiteur sur lequel elle a eu lieu, payant de bonne foi, se libérerait valablement et au préjudice de son créancier originaire, dans les mains du subrogé qui s'est fait connaître, et est toujours, par rapport à lui, censé créancier.

Quand nous disons que le subrogeant doit prévenir le débiteur cédé du payement qui le réintègre plus tard pleinement dans la propriété de sa créance, nous ne voulons pas dire qu'il doit lui en donner avis par signification expresse, comme au cas de cession. Il ne se fait pas, en effet, de rétrocession à son profit. En payant lui-même son subrogé, il ne fait qu'acquitter une obligation personnelle, dont il était encore tenu avec le débiteur délégué. Il ne s'opère donc tout au plus en sa faveur qu'une subrogation de plein droit à la créance même que précédemment il avait transmise. Pour en être ressaisi envers le débiteur originaire, il lui suffit donc que ce dernier soit, d'une manière ou d'une autre, informé du payement qui lui redonne pour créancier le créancier primitif.

48. En somme, cette subrogation offre des résultats analogues à ceux d'une mise en gage, puisque tous ses effets cessent par le payement de la dette contractée par le débiteur. Mais il n'en faut point conclure qu'elle ne soit parfaite que par la remise des titres (2076). Le subrogé, à la différence du gagiste, est saisi de la propriété même de la créance dans la mesure de ce qui lui est dû. Il peut agir directement et en son nom contre le débiteur sur lequel il lui a été consenti subrogation. Il est enfin un véritable cessionnaire ou délégataire, et non un simple dépositaire, comme est le gagiste (2079).

49. Ce mode de subrogation est surtout d'une pratique fréquente, lorsqu'on traite avec une femme mariée. Le créancier peut avoir, en effet, un grand intérêt à stipuler la subrogation en sa faveur, aux droits d'hypothèque légale que la femme a sur les biens de son mari, pour le recouvrement de ses reprises en suite de leur liquidation. Sans cette subrogation, il n'aurait de droits sur les biens de sa débitrice, que comme tout créancier ordinaire, concurremment avec les autres créanciers; car ils sont le gage commun de tous. Du moment, au contraire, qu'il a obtenu subrogation à son hypothèque légale, il agit comme cessionnaire, comme propriétaire de la créance cédée, la faisant désormais valoir avec tous les droits d'hypothèque, de prélèvements et autres qui y sont attachés, et conséquemment à l'exclusion des créanciers antérieurs et même privilégiés.

Mais, comme l'exercice de ce droit dépend de la translation même du droit cédé, le créancier subrogé doit accomplir toutes les formalités nécessaires pour qu'il en soit saisi à l'égard des tiers. Il doit donc, conformément à l'article 1690, signifier son transport au débiteur, qui est le mari, ou suppléer cette signification par une acceptation de sa part dans un acte authentique (1).

Notons au surplus que, le plus souvent, le mari assistant la femme dans l'acte, son concours emporte acceptation suffisante du transport, pourvu que l'acte soit authentique, tel enfin que l'exige l'article 1690 (2). Du reste, entre les parties contractantes, la convention est parfaite par le seul consentement, d'après les règles ordinaires.

50. Les mots subroger, déléguer, transporter, sont sans doute les plus expressifs et les moins équivoques. Aussi, serait-il à souhaiter que dans la rédaction des actes ils fussent toujours employés. Cependant, comme la loi accepte et consacre

(1) Mourlon, *ibid.* — *Contrà,* Gauthier, n°s 577 et suiv.
(2) Duranton, t. 12, n° 142.

les conventions des parties, quelles que soient les expressions dont elles se servent, il arrive souvent qu'une assez vaste carrière est ouverte à l'interprétation. Par exemple, y a-t-il une expression suffisante de subrogation dans la déclaration faite par la femme ou par toute autre personne qui s'oblige, qu'elle renonce, en faveur du créancier, à son hypothèque sur les biens de son mari ou de tel autre débiteur? Il est évident qu'une pareille renonciation équivaut à un véritable transport. Elle comprend tous les éléments d'une cession. D'une part, en effet, le débiteur renonce à son hypothèque sur les biens d'un tiers ; et d'autre part, il y renonce en faveur d'une personne déterminée. Il ne se dépouille et ne se dessaisit de son droit, que pour en vêtir et saisir un autre. Ce droit n'est pas épuisé, perdu, anéanti; il se retrouve le même sur la tête de celui en faveur duquel la renonciation a été faite. Donc, il n'y a qu'un déplacement, une translation, une véritable cession enfin.

En vain prétendrait-on que la renonciation faite par la femme à son hypothèque légale, en faveur d'un tiers envers lequel elle s'oblige, « n'est par elle-même qu'un acte d'abstention, par lequel la femme promet de ne pas se prévaloir des avantages qu'elle pourrait avoir sur le prêteur; mais qu'il ne peut en résulter ni transport, ni délégation de droit à faire valoir sur des tiers (1). »

C'est là confondre deux sortes de renonciation parfaitement distinctes. Il est vrai que toute renonciation emporte d'abord et par elle-même, une idée d'abstention, d'abdication. Mais lorsque cette renonciation a lieu en faveur d'un tiers, l'intervention de celui-ci modifie cette première idée dans le sens d'un véritable transport. On ne peut dire alors que le renonçant ne fait que s'abstenir et se priver de ses droits; il s'en abstient et s'en prive uniquement pour en saisir et investir un autre ; il n'abdique pas purement et simplement, il abdique au profit d'un tiers; il met un tiers à sa place; il lui consent,

(1) PROUDHON, *Usuf.*, nº 2339.

en réalité, un transport de ses droits. Aussi, distingue-t-on la renonciation translative et la renonciation abdicative; la renonciation *in favorem,* en faveur d'un tiers, laquelle vaut cession-transport, et la renonciation pure qui emporte abdication et perte du droit, sans cession (1). Il s'ensuit que, si les actes de subrogation expresse et de renonciation *in favorem,* au profit de créanciers différents, sont à la même date, ces créanciers doivent venir en concours pour des parts proportionnelles aux droits qui ont été ainsi garantis (2).

51. Il y a renonciation translative de la part du débiteur, dans le consentement par lui donné à ce que son créancier prenne sa place et son rang dans les hypothèques qu'il a sur un tiers. Une femme mariée consent à ce que son créancier prenne sa place pour l'exercice de son hypothèque légale; créancier hypothécaire de Paul, je consens à ce que Pierre, qui prête dix mille francs à ce dernier sous mon cautionnement, se mette à mon rang pour l'exercice de mes hypothèques. Cette cession de rang vaut transport. Au lieu de qualifier l'opération par le mot de cession ou de subrogation qui dit tout, on l'a expliquée et définie par ses effets. Le créancier a été mis au lieu et place de son débiteur, cela suffit, et peu importe que l'on n'ait point expressément qualifié celui-ci de cédant, celui-là de cessionnaire. La réalité est plus forte qu'un défaut de qualification; et il est indifférent, après tout, que la collocation se fasse dans l'ordre au nom de l'un ou de l'autre, puisque le produit doit, dans tous les cas, en appartenir au créancier, mis au lieu et place de son débiteur.

52. Mais cette subrogation peut se faire d'une manière tacite. Aussi a-t-il été décidé (3) que le consentement donné par un créancier hypothécaire, par exemple, la femme

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 600 *bis*. — Gauthier, n° 582.
(2) Lyon, 7 avril 1854. Sirey, 54, 2, 577.
(3) Voy. Cass., 2 avril 1829. Sirey, 29, 1, 194.

mariée, à ce que le bien qui lui est hypothéqué soit grevé d'hypothèque au profit d'un autre, vaut renonciation en faveur de ce dernier; vaut, en un mot, subrogation à son hypothèque (1).

Elle ne peut, en effet, désormais faire valoir ses hypothèques au préjudice des créanciers en faveur desquels elle a consenti à ce que les biens qui lui étaient déjà hypothéqués fussent affectés à leurs créances. D'autre part, elle peut les exercer au préjudice des autres créanciers de son débiteur qui ne se trouvent pas dans la même situation. De là suit cette conciliation naturelle des droits et des intérêts de tous : c'est que ces derniers créanciers, ne pouvant ni gagner ni perdre à la renonciation tacite de la femme, sont primés par elle, sauf à elle à remettre d'abord le montant de sa collocation, jusqu'à concurrence, à ceux au profit desquels elle a laissé affecter les biens déjà hypothéqués en sa faveur; puis à se présenter ultérieurement au rang que lui donne son hypothèque légale, pour l'indemnité à laquelle elle peut avoir droit contre son mari. Tout aboutit donc à un simple déplacement, à un échange de rang, sans dommage ni profit pour les autres créanciers.

Il en est de même, lorsque la femme consent à la vente de l'immeuble qui lui est hypothéqué. Cette adhésion emporte subrogation au profit de l'acquéreur, qui peut ensuite se prévaloir de l'hypothèque légale de la femme, par exemple, contre les autres créanciers qui le poursuivent comme tiers-détenteur. Mais cette renonciation ne profite qu'à lui, et seulement en ce qui concerne la chose qui en a fait le sujet, sans qu'elle puisse être opposée à la femme, soit par le mari, ou ses autres créanciers, délégataires, opposants et autres ayants-cause (2).

(1) L. 12, *ff. Quibus modis pign. solv.* — L. 12, § 4, *ff. Qui potior.* — TROPLONG, *Hyp.*, n° 603. — GRENIER, *Hyp.*, t. 1, n° 256. — DURANTON, t. 12, n° 144. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 216, 1re édit., et t. 3, p. 464, 4e édit.

(2) Cass., 14 janv. 1817. SIREY, 17, 1, 146. — Amiens, 19 déc. 1846. SIREY, 47, 2, 193. — Lyon, 15 mai 1847. SIREY, 48, 2, 230. — Cass., 21 fév. 1849. SIREY, 49, 1, 643. — Amiens, 16 fév. 1854. SIREY, 54, 2, 260. — Cass., 12 fév. 1868. SIREY, 68, 1, 389.

53. Il ne suffirait pas que la femme contractât solidairement avec son mari un engagement personnel, ou que tout autre personne s'engageât solidairement avec celui sur les biens duquel elle a hypothèque, pour qu'on fût autorisé à induire de ce concours une renonciation à leurs hypothèques en faveur du créancier. Il est bien vrai que tous leurs biens sont engagés au payement de leurs obligations, y compris leurs créances hypothécaires. Mais le créancier, faute par lui d'avoir stipulé un droit hypothécaire, personnel et privatif, ne peut exercer leurs actions que suivant l'article 1166, et s'emparer du montant de leurs collocations qu'en sous-ordre, suivant l'article 775., C. pr. (1). Il n'a d'une manière générale qu'un gage commun entre lui et les autres créanciers, à défaut d'une renonciation translative, d'une cession qui puisse lui transmettre une garantie spéciale, dont le caractère privatif et exclusif se confonde avec le droit même de propriété. Qu'on y prenne garde, en effet; le créancier subrogé n'est préféré que parce que la subrogation le rend propriétaire de la créance. Peu importe même que l'obligation ainsi souscrite solidairement ait été plus tard suivie de condamnation, et garantie dès lors par une hypothèque judiciaire (2).

Du reste, la femme ou tout autre débiteur dont le créancier a touché ainsi la collocation en sous-ordre, serait légalement, à titre de coobligé solidaire, subrogé aux droits de ce créancier, et notamment aux hypothèques qu'il pourrait avoir sur les autres biens du mari ou de tout autre codébiteur (1251) (3).

(1) Troplong, *Hyp.*, nos 603. — Proudhon, *Usuf.*, n° 2334. — Grenier, *Hyp.*, n° 254. — Duranton, t. 12, n° 143. — Zachariæ, t. 2, p. 216, 1re édit., et t. 3, p. 464, 4e édit. — Gauthier, n° 585. — Orléans, 24 mai 1848. Sirey, 50, 2, 145. — Paris, 8 avril 1853. Sirey, 53, 2, 565. — Orléans, 12 juill. 1854. Sirey, 54, 2, 561. — Cass., 14 nov. 1866. Sirey, 67, 1, 21.

(2) Cass., 14 mars 1865. Sirey, 65, 1, 209.

(3) Cass., 30 déc. 1844. Sirey, 45, 1, 367.

Mais s'il ne suffit pas que la femme ou toute autre personne contracte un engagement purement personnel avec son mari, ou avec celui dont les biens sont déjà affectés envers elle hypothécairement, pour être censée renoncer à son hypothèque en faveur du créancier, c'est assez du moins qu'elle soit présumée consentir à ce que son débiteur, qui s'oblige hypothécairement, donne au stipulant hypothèque sur ses biens déjà grevés. Et cette présomption de consentement, par suite cette renonciation subrogative, résultera de son concours ou de son intervention dans l'acte, bien qu'elle n'ait pas été spécialement partie dans la constitution de l'hypothèque. Par cela même qu'elle aura adhéré à l'obligation de son mari, engagé hypothécairement, ou que celui-ci se sera obligé avec hypothèque, en sa présence, sans réserves contraires de sa part, et ne se sera pas obligé par un acte séparé, la femme, soit qu'elle se soit obligée solidairement ou non, sera présumée avoir consenti à l'affectation hypothécaire sur les biens qui lui étaient déjà hypothéqués. Ce sera comme si elle avait donné un consentement exprès à ce que les immeubles déjà hypothéqués en sa faveur, le fussent en faveur du nouveau créancier (1).

Cette subrogation tacite ne laissera même pas de produire tous ses effets, quoique le créancier subrogé ait négligé de faire inscrire son hypothèque conventionnelle, ou qu'il en ait laissé périr l'inscription. Si elle est la conséquence de la stipulation hypothécaire, elle n'est cependant pas subordonnée à l'efficacité de l'hypothèque (2), sauf à la femme à se prévaloir,

(1) Zachariæ, t. 2, p. 216, 1re édit., et t. 3, p. 464, 4e édit. — Gauthier, n° 584. — Troplong, *Hyp.*, *ibid.* — Voy. Berthauld, *Subrogation à l'hyp. lég. des femmes mariées*, nos 2 et suiv. — Lyon, 24 mai 1850. Sirey, 50, 2, 531. — Caen, 3 mai 1852. Sirey, 53, 2, 279. — Cass., 8 août 1854. Sirey, 54, 1, 521. — Metz, 22 janv. 1856. Sirey, 56, 2, 395. — Cass., 25 février 1862. Sirey, 62, 1, 356. — *Contrà.* Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 254.

(2) Cass., 9 août 1865. Sirey, 65, 1, 446. — *Contrà,* Paris, 24 août 1853. Sirey, 53, 2, 545.

suivant les cas, de l'article 2037, pour se faire décharger de son cautionnement, par exemple, lorsque l'hypothèque conventionnelle du créancier porte sur d'autres immeubles que ceux qui sont soumis à l'hypothèque légale.

54. Par application de ces principes, il a été décidé que la mère tutrice qui se trouve avoir pour cotuteur son second mari, ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens de ce dernier, qu'après que ses enfants ont exercé la leur sur les mêmes biens, et qu'en conséquence il n'y a point lieu de les admettre dans une collocation au marc le franc, comme ayant toutes deux la même date, le jour du mariage (1).

En effet, la mère, en sa qualité de tutrice, avait ses biens grevés d'une hypothèque légale au profit de ses enfants; et, son second mari, en sa qualité de cotuteur, avait également, au profit des mêmes, ses biens grevés d'une hypothèque légale. En contractant un second mariage, en s'adjoignant un cotuteur dans la personne de son second mari, elle a donc consenti à ce que les biens de ce dernier, frappés en sa faveur d'une hypothèque légale, fussent grevés d'une hypothèque semblable en faveur de ses pupilles. Il est vrai que c'est la loi qui, d'office, a établi l'hypothèque sur les biens du second mari; mais l'établissement de cette hypothèque est le résultat du fait même du convol, fait tout volontaire de la part de la femme, et dont elle a accepté toutes les conséquences de droit, comme si elle les avait elle-même stipulées. Dès lors, elle a subrogé tacitement ses pupilles à ses droits hypothécaires, et elle ne peut les exercer, à leur préjudice, sur des biens dont elle a fait elle-même le gage d'une autre créance qu'elle est obligée d'acquitter.

55. Nous devons observer que la subrogation tacite n'aura pas besoin d'être notifiée au débiteur, toutes les fois qu'il y aura dans l'acte duquel elle procède, concours du créancier

(1) Cass., 22 nov. 1836. Sirey, 37, 1, 83.

qui subroge et du débiteur contre lequel elle est consentie. Dans ce cas, en effet, l'acceptation de la subrogation résulte de ce concours même, pourvu, d'ailleurs, que l'acte ait le caractère d'authenticité exigé par l'article 1690, pour qu'il produise effet à l'égard des tiers.

56. Déduisons maintenant les conséquences. Soit qu'il y ait cession expresse de la créance, ou cession de l'hypothèque, soit qu'on ait employé le mot de subrogation ou tout autre équipollent, les résultats sont les mêmes. Le cessionnaire ou subrogé, comme on voudra l'appeler, a un droit privatif et exclusif sur la créance, objet de la cession ou de la subrogation. Il a une véritable saisine envers les autres créanciers non subrogés et les subrogés postérieurs. N'y eût-il que cession de l'hypothèque, comme en cédant l'hypothèque on cède la créance, le cessionnaire aurait les mêmes droits jusqu'à due concurrence, à l'exclusion des autres créanciers. Et cette préférence résulte de la transmission même de la propriété (1).

Tels sont donc les effets de la subrogation tacite, que le créancier subrogé, à raison du droit spécial et exclusif qui lui est transmis, profite du bienfait de sa subrogation, sans partage et sans contribution avec les créanciers postérieurs ou même antérieurs à la renonciation. En effet, quant aux créanciers postérieurs, une première subrogation, en épuisant les droits du subrogeant, en empêche une seconde à leur profit; et, quant aux créanciers antérieurs, comme ils n'ont stipulé aucune garantie spéciale, et que le débiteur a pu ultérieurement céder à d'autres les biens qui formaient leur gage commun, ils seront encore repoussés et exclus par le créancier subrogé (2).

Mais comme l'efficacité de sa subrogation est subordonnée à l'existence des droits hypothécaires auxquels il a été subrogé,

(1) PROUDHON, *Usuf.*, nos 2336 et 2337.

(2) TROPLONG, *Hyp.*, nos 605 et 606. — Cass., 4 fév. 1856. SIREY. 56, 1, 225.

son premier soin, après en avoir vérifié l'existence, doit être de veiller à leur conservation, soit qu'il accomplisse lui-même, dans la mesure de son intérêt et de son droit, tous actes conservatoires nécessaires, soit qu'il s'en remette au subrogeant qui ne cesse pas d'y être intéressé, du soin de les accomplir (1). Si donc l'on suppose que plusieurs prêteurs aient été subrogés aux droits et hypothèques d'une femme mariée, même par le même acte et pour jouir concurremment du bénéfice de la subrogation, et que l'un d'eux seul ait pris inscription, dans son intérêt personnel exclusivement, tandis que les autres ont laissé périr, par rapport à eux, l'hypothèque légale de la femme subrogeante, à défaut d'inscription dans les délais de la purge; dans ce cas, celui des subrogés qui seul l'a conservée, en limitant l'inscription qu'il a prise au montant de sa créance, est aussi le seul qui soit fondé à s'en prévaloir, et ses consorts se trouvent exclus du bénéfice de la subrogation qu'ils ont perdu par leur faute (2).

Le subrogé ou cessionnaire, légalement saisi, conserve enfin le bénéfice de sa subrogation sans avoir besoin, soit de prendre en son nom inscription du chef du subrogeant, soit de faire inscrire sa subrogation ou de la faire mentionner en marge de l'inscription préexistante. Ses droits, à l'égard du débiteur, ou du subrogeant, ou des autres créanciers, sont indépendants de l'accomplissement de cette formalité. La prudence lui conseille, toutefois, de se faire connaître par une mention en marge de l'inscription déjà prise, afin d'empêcher que la purge ne s'opère en dehors de lui, ou qu'aucune radiation ou mainlevée d'hypothèque ne se fasse à son insu et à son préjudice.

(1) Voy. Cass., 25 février 1862. Sirey, 62, 1, 356. — 3 juillet 1866. Sirey, 66, 1, 345.

(2) Cass., 4 fév. 1856. Sirey, 56, 1, 225. — 1er juin 1859. Sirey, 61, 1, 223. — 5 fév. 1861. Sirey, 61, 1, 209. — 21 juillet 1863. Sirey, 63, 1, 489. — Rouen, 26 déc. 1862. Sirey, 64, 2, 46. — Cass., 1er mai 1866. Sirey, 66, 1, 187.

57. Il résulte de ce qui précède qu'entre subrogés successifs partiels, la préférence se détermine suivant les dates des subrogations, sans avoir égard aux inscriptions qu'ils auraient jugé à propos de prendre respectivement, du chef de la partie subrogeante, dont les droits sont d'ailleurs supposés régulièrement conservés.

Chaque subrogation a été, en effet, de la part du subrogeant, une aliénation de sa créance; dès lors, ne pouvant faire ultérieurement aucune cession de droits qu'il ne possédait plus, il n'a pu, par de nouvelles cessions, préjudicier au premier cessionnaire (1). Celui-ci sera donc préféré, alors même qu'il n'aurait aucune hypothèque sur les biens du débiteur contre lequel il a été subrogé, ou que l'hypothèque par lui stipulée fût postérieure à celle des autres créanciers. Il ne vient pas au rang de son hypothèque, mais au lieu et place du subrogeant, indépendamment même de toute inscription, si ce dernier en est dispensé (2).

Ce point est incontestable, soit que la subrogation soit faite à une créance hypothécaire ou privilégiée. Il faut également suivre l'ordre de dates des cessions. Vainement prétendrait-on, pour admettre les subrogés partiels en concurrence, que les priviléges s'estiment suivant la faveur de leur cause, et non suivant leurs dates; que toutes les portions de la même créance sont indistinctement d'une nature semblable; que les tiers qui en sont devenus successivement cessionnaires ou y ont été subrogés exercent concurremment les droits du cédant ou subrogeant; que pour les parts dont ils en sont les ayants-cause, ils ont un droit égal, et viennent en concours, sans

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 608. — Proudhon, *Usuf.*, n° 2338. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 255. — Gauthier, n° 586. — Cass., 13 nov. 1854. Sirey, 55, 1, 193. — 9 mai 1860. Sirey, 60, 1, 613. — 20 nov. 1865. Sirey, 66, 1, 201. — 3 juillet 1866. Sirey, 66, 1, 345.

(2) Troplong, *Hyp.*, n° 609. — Cass., 2 avril 1829. Sirey, 29, 1, 194. — Caen, 3 mai 1852. Sirey, 53, 2, 79. — Paris, 31 mars 1853. Sirey, 53, 2, 337. — Cass., 8 août 1854. Sirey, 54, 1, 521.

qu'aucun d'eux puisse fonder en sa faveur une cause de préférence sur l'antériorité de sa cession ou de sa subrogation (1).

Telles sont, il est vrai, les règles générales du droit commun; mais les parties peuvent y déroger, et détruire le concours qui en est la conséquence, au moyen de conventions particulières, soit en établissant un ordre de préférence entre les portions de la créance cédée, soit en promettant de garantir, fournir et faire valoir telle cession ou subrogation. Dans ce cas, le premier cessionnaire, à raison de cette stipulation ou de cette garantie, a le droit d'être payé par préférence à tout cessionnaire ultérieur du surplus de la créance (2).

Nous disons donc que, si les cessionnaires partiels d'une créance privilégiée viennent en concurrence au marc le franc, sans distinction entre les dates de leurs actes de cession, c'est dans le cas de cessions ordinaires, faites sans garantie ni attribution de préférence, soit qu'elles aient lieu par quotités ou par sommes déterminées, pour un tiers, pour un quart ou pour mille francs. La faveur égale des droits cédés, jointe à l'absence de rang et de garantie, exclut alors toute cause de préférence entre cessionnaires successifs. Mais peut-on dire que dans la subrogation dont nous nous occupons ici, il n'y ait aucune promesse de garantie? N'est-il pas vrai, au contraire, que cette subrogation emporte avec elle la promesse de fournir et faire valoir? Soit qu'elle s'exprime par une cession de la créance, par une renonciation ou une subrogation à l'hypothèque ou au privilége, elle est toujours une délégation de créance, alors que le subrogeant est personnellement obligé envers le subrogé. Or le délégant est tenu de garantir. En

(1) Troplong, *Hyp.*, nos 366 et 608. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, no 389. — Cass., 4 août 1817. Sirey, 17, 1, 373. — Cass., 7 mars 1865. Sirey, 65, 1, 265. — Dijon, 19 juillet 1865. Sirey, 66, 2, 160. — — Cass., 29 mai 1866. Sirey, 66, 1, 393.

(2) Voy. art. 1252, no 35. — Troplong, Grenier, *ibid.* — Cass., 4 août 1817. Sirey, 17, 1, 373.

consentant délégation sur une créance, il délègue jusqu'à concurrence, jusqu'à fin de payement. Il suit de là que la totalité de la créance est la garantie de la créance du délégataire; que celui-ci a le droit de prendre sur la créance déléguée de quoi parfaire son payement, et que le délégant ne peut utilement transmettre, par une subrogation ultérieure, que ce qui restera libre du montant de la créance, le premier délégataire une fois intégralement payé. La garantie dont il est tenu rend plus sensible la vérité de cette conséquence.

Que s'il n'est pas personnellement obligé envers le subrogé, bien qu'alors il ne soit tenu d'aucune garantie, néanmoins il ne peut, par des subrogations nouvelles, préjudicier au premier cessionnaire. En effet, dans ce cas même, l'étendue de la première subrogation n'a d'autres limites que la créance qu'elle est destinée à garantir. Là encore, la subrogation s'est faite en faveur du créancier jusqu'à concurrence, jusqu'à fin de parfait payement, comme on ferait d'une remise en gage. Ainsi, quand la femme consent à ce que son mari hypothèque pour dix mille francs les immeubles déjà hypothéqués en sa faveur pour une dot de trente mille francs, elle ne subroge pas le tiers créancier seulement au tiers de ce que pourra produire la vente de ses biens; elle subroge jusqu'à due concurrence, pour avoir payement de ces dix mille francs. Elle se dessaisit dans la mesure de l'obligation, et transporte virtuellement sa créance sur la tête du stipulant. Si donc ces immeubles ne produisent, en réalité, que quinze mille francs, le premier subrogé ne verra pas sa garantie réduite à cinq mille francs, par le concours de subrogés successifs. Il prendra toujours le montant de sa créance, comme il l'aurait pris, s'il avait eu affaire à la femme elle-même et non à ses cessionnaires.

Qu'importe donc qu'il s'agisse d'une subrogation à un privilége ou à une hypothèque? Ce qu'il faut voir, c'est l'étendue de la première subrogation. Or, s'il est vrai que chaque subrogation comprend des droits de même nature et de faveur égale,

puisque chacune d'elles a pour objet une part d'une seule et même créance, il est vrai aussi qu'au-dessus de cette identité de nature et de cette égalité de faveur, qui se retrouvent, au surplus, dans le cas même de subrogations successives à une créance hypothécaire, il y a un principe supérieur et dominant. C'est que le subrogeant a consenti, en faveur du subrogé, cession de son privilége jusqu'à fin de parfait payement; qu'en conséquence, il ne peut lui préjudicier par des cessions subséquentes, ni transmettre à d'autres plus de droits qu'il n'en a conservé lui-même. Et ce n'est pas là donner des dates aux priviléges; c'est donner des dates aux cessions.

58. Comme l'article 2135 donne à la femme une hypothèque légale pour des causes et à des dates différentes, il y a lieu de tenir compte, dans l'appréciation des subrogations consenties par elle, de la diversité de ses créances qui n'ont pas toutes le même rang hypothécaire. Elle peut, en effet, avoir subrogé qui à telle créance, qui à telle autre. Il importe alors d'y faire attention, puisque les effets de ces subrogations dépendent moins de l'ordre de leurs dates que de la priorité des créances hypothécaires qui en font l'objet (1).

59. Toutes ces conséquences sont parfaitement déduites par M. Zachariæ (2). Mais il les constate sans les accepter. Bien qu'il reconnaisse que le système qui leur sert de prémisses réunisse en sa faveur les suffrages des auteurs et les décisions presque uniformes de la jurisprudence, il n'en a pas moins essayé de lui en substituer un autre.

« La déclaration de cession ou de subrogation, qui n'est point faite par suite du transport de tout ou partie des créances garanties par l'hypothèque légale, ne peut être considérée,

(1) Voy. DURANTON, t. 12, n° 145. — PROUDHON, *Usuf.*, n° 2338.
(2) ZACHARIÆ, t. 2, p. 214, 1re édit., et t. 3, p. 465, 4e édit. Voy. au surplus les § 288 et 288 *bis* de l'ouvrage de MM. Aubry et Rau que nous citons toujours sous le titre de Zachariæ.

dit-il, que comme une renonciation, de la part de la femme, à faire valoir cette hypothèque contre le créancier au profit duquel a eu lieu la déclaration de cession ou de subrogation. Les différents créanciers du mari, en faveur desquels la femme a ainsi renoncé à son hypothèque légale, ne jouissent, les uns à l'égard des autres, d'aucun droit de préférence, à moins qu'ils n'aient en même temps d'hypothèque sur le mari. Dans ce dernier cas, l'antériorité de la renonciation détermine la préférence, lors même que l'hypothèque du créancier au profit duquel une première renonciation a été faite, se trouverait postérieure en rang à celle d'un autre créancier, dans l'intérêt duquel aurait eu lieu une seconde renonciation (1). »

Il y a là une double distinction que nous ne pouvons admettre. Il nous semble d'abord indifférent que la femme déclare subroger à son hypothèque légale, avec transport de tout ou partie de la créance à laquelle cette hypothèque est attachée, ou qu'elle se borne à subroger expressément à son hypothèque légale, sans déclaration de transport quant à la créance. Il y a, en effet, une telle relation (M. Zachariæ et ses annotateurs le reconnaissent), entre l'hypothèque et la créance, qu'il est impossible d'isoler la première pour lui donner une existence propre et indépendante. Aussi, déclarent-ils qu'on ne peut subroger à son hypothèque légale ou la céder, sans transporter également tout ou partie des créances auxquelles cette hypothèque est attachée. Toute cession ou subrogation d'hypothèque contient donc nécessairement transport de la créance, sans qu'il soit besoin de l'exprimer; et elle n'est pas une simple renonciation à se prévaloir de l'hypothèque au préjudice du créancier subrogé.

Ce premier point établi, que devient cette autre distinction entre le cas où le créancier subrogé par la femme n'a pas d'hypothèque, et celui où il a une hypothèque sur les biens du mari contre lequel la subrogation a eu lieu? Sa qualité et

(1) Zachariæ, t. 2, p. 213, 1re édit.

ses droits de cessionnaire de la femme ne sont-ils pas indépendants des droits qu'il peut avoir stipulés contre le mari, son débiteur? Qu'importe qu'il ait hypothèque ou non sur ses biens, puisqu'il s'est fait céder l'hypothèque légale, et avec elle, jusqu'à concurrence, les créances de la femme, soit pour remplacer l'hypothèque qu'il n'a pas, soit pour suppléer celle qu'il a sur les biens du mari? Il n'a pas seulement acquis, au moyen de la subrogation qui lui a été consentie, le droit d'empêcher la femme de se prévaloir de son hypothèque à son préjudice; il a encore acquis, avec la propriété de la créance, le droit de l'exercer lui-même en son lieu et place. Ce n'est pas seulement une priorité hypothécaire qu'il a écartée; c'est encore une priorité qu'il a acquise, avec la propriété de la créance à laquelle elle était attachée. Or, n'est-il pas évident que l'acquisition de ce droit est indépendante de toute stipulation d'hypothèque sur les biens du débiteur cédé?

Sans doute, lorsque le subrogé a une hypothèque sur les biens du mari, il y a de bonnes raisons pour qu'il soit préféré. C'est qu'indépendamment d'une cession expresse de la créance, il lui suffit d'une renonciation pour avoir un droit de priorité. La femme s'est, en effet, réduite, à son égard, à l'état de simple créancière chirographaire. Mais, comme elle n'en est pas moins restée créancière hypothécaire à l'égard de tous autres au profit desquels elle n'a point consenti de subrogation, le premier subrogé, dût sa subrogation n'être considérée que comme une simple renonciation de la part de la femme, sera mis indirectement en son lieu et place, puisqu'elle ne prendra elle-même de collocation que pour lui en transmettre le montant (1).

Mais, dans le système même de M. Zachariæ, cette distinction ne se comprend guère. Remarquons, en effet, que la subrogation consentie par la femme à son hypothèque légale, en faveur d'un créancier hypothécaire du mari, n'a pas, suivant

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 600.

lui, pour résultat seulement de faire sortir à effet l'hypothèque du créancier, par préférence à la femme renonçante, mais encore d'assurer en sa faveur une priorité, suivant la date de sa subrogation, au préjudice même d'autres créanciers ayant hypothèques antérieures sur les biens du mari, toutefois sans subrogation ou avec subrogation ultérieure à l'hypothèque légale de la femme. Il faut donc pour cela, non pas que l'hypothèque cédée se détache de la créance, et vienne remplacer l'hypothèque préexistante sur les biens du mari ; cette séparation ne peut se faire, puisque l'hypothèque n'a pas d'existence propre, isolée de la créance. Mais il faut que la créance, principal et accessoire, soit transportée dans les mains du créancier subrogé. Autrement, s'il n'y avait qu'une renonciation, avec les effets que M. Zachariæ lui donne, il ne jouirait d'aucun droit de préférence dans l'exercice de sa subrogation ; il viendrait en concours avec tous les autres subrogés, sans distinction de dates, sauf à chacun d'eux à se prévaloir des hypothèques qu'il peut avoir stipulées du mari. Mais alors les causes de préférence résulteraient exclusivement de l'antériorité de ces hypothèques, et non de l'antériorité des subrogations.

Nous ajouterons que, si une circonstance devait faire considérer la subrogation consentie par la femme comme une simple renonciation à faire valoir son hypothèque, ce serait peut-être la stipulation d'une hypothèque sur les biens du mari. On pourrait alors, d'une façon assez spécieuse, présumer que le créancier a voulu simplement assurer l'efficacité de son hypothèque par la renonciation d'un créancier antérieur, sans le secours d'aucune subrogation à son hypothèque, d'aucun transport de sa créance. Pour être conséquent, il faudrait aller jusque-là. Mais le principe n'en est pas moins que la renonciation *in favorem* vaut elle-même cession.

La question de préférence entre subrogés successifs se résout maintenant toute seule. Il est clair que la priorité dépend de l'ordre des dates, puisque la subrogation n'est pas

une simple renonciation qui admet indistinctement le concours de tous ceux au profit desquels elle a eu lieu, et qu'elle constitue, au contraire, sous forme de subrogation à l'hypothèque, ou de renonciation *in favorem*, une cession, une délégation de la créance même, jusqu'à concurrence de parfait payement.

On oppose (1) que les conséquences de notre système tendent à établir des hypothèques de second ordre, contrairement à la maxime, hypothèque sur hypothèque ne vaut; qu'elles détruisent le principe protecteur de la publicité, en autorisant les subrogés à se donner à eux-mêmes des subrogés nouveaux. Mais que font à la publicité ces transmissions successives, ces déplacements de créances hypothécaires ou privilégiées? Ne doivent-elles pas avoir lieu avec toutes les formes exigées pour les cessions, formes protectrices de l'intérêt et de la bonne foi des tiers? Ce que la loi veut, ce n'est pas tant la publicité de la transmission de l'hypothèque, que la publicité de sa création et de son existence. Or nous ne portons aucune atteinte à ce principe. Nous prenons la créance telle qu'elle est, avec son hypothèque ou son privilége, établi et conservé suivant les exigences de la loi; puis, nous en acceptons les transmissions régulièrement opérées. Voilà tout. Peut-on céder une créance, un droit sur un tiers? Telle est la question. Où donc existe-t-il une restriction aux cessions de créances hypothécaires ou privilégiées? Ne peuvent-elles donc pas être cédées comme les autres? Et qu'on ne perde pas de vue que la cession de l'hypothèque emporte virtuellement cession de la créance.

Ce n'est pas là créer hypothèque sur hypothèque. La transmission effective de la créance exclut l'idée d'une pareille concession d'hypothèque sur hypothèque. Le créancier est propriétaire du droit même qui lui sert de garantie. Son nantissement se confond dans sa propriété, soit que le transport

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 215, nte 4, 1re édit.

s'exprime par une cession de la créance, une subrogation, ou une renonciation à l'hypothèque. Qu'on écarte donc la maxime, hypothèque sur hypothèque ne vaut, pour laisser voir ce qui est : une cession de créance, et pas autre chose.

60. Les principes que nous venons de développer ont reçu de la loi du 23 mars 1855 d'importantes modifications, en ce qui concerne les cessions ou subrogations d'hypothèque légale de la part des femmes mariées. Voici les dispositions de son article 9 : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis, à l'égard des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. »

« Les dates des inscriptions ou mentions, ajoute le même article, déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Pour mieux en comprendre l'esprit, il faut remonter à l'article 8. Il est ainsi conçu : « Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou ayants-cause n'ont pas pris inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Quant au passé, l'article 11 contient ces dispositions transitoires : « L'inscription exigée par l'article 8 doit être prise dans l'année, à compter du jour où la loi est exécutoire, c'est-à-dire le 1er janvier 1856 (art. 10). A défaut d'inscription dans ce délai, l'hypothèque légale ne prend rang que du jour où elle est ultérieurement inscrite. »

Or, voici comment l'organe du conseil d'Etat expliquait cette disposition dans son exposé des motifs : « L'existence de l'hypothèque légale, indépendamment de toute inscription, a soulevé d'interminables débats ; nous ne voulons pas même

donner le plus léger prétexte de les renouveler. Cette grande faveur sera maintenue, tant que sera maintenue sa raison d'être, tant que la femme est dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien; tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire. La loi supplée, par une protection peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur; mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. »

S'expliquant ensuite sur l'article 11 du projet devenu l'article 9 de la loi, il ajoutait : « Le même raisonnement a dicté l'article 11. Le cessionnaire du droit de la femme n'est protégé, quant à lui, par aucune des considérations qui peuvent empêcher la femme de prendre inscription contre son mari; il ne doit donc pas jouir de la même exemption, et l'intérêt des tiers se présente alors entier pour réclamer une publicité d'hypothèque, si nécessaire à la sécurité des transactions. L'acte de subrogation doit être authentique, puisqu'il doit servir de première base à une inscription qui ne peut se fonder que sur un acte solennel (1). On sait à quelles contestations a donné lieu l'exercice des droits hypothécaires de la femme par les créanciers subrogés, et quelles difficultés il a soulevées (2). Il y est mis fin (3) en donnant à la date des inscriptions ou mentions, l'effet de régler l'ordre dans lequel seront admis les concessionnaires. »

C'est donc dans l'intérêt des tiers que la loi nouvelle exige

(1) Ce qui veut dire, sans doute, qu'on assimile le concessionnaire de l'hypothèque légale de la femme à celui auquel une hypothèque conventionnelle est conférée, laquelle ne peut résulter que d'un acte authentique (2127).

(2) Elles commençaient à être à peu près aplanies par la jurisprudence.

(3) Assurance bien téméraire!

que le subrogé ou cessionnaire, pour être saisi à leur égard, inscrive l'hypothèque cédée ou fasse mentionner sa subrogation en marge de l'inscription préexistante. Mais de quels tiers s'agit-il? Dans le passage que nous venons de rapporter, il semble que le législateur se préoccupe de l'intérêt des créanciers du mari contre lequel la subrogation à l'hypothèque légale est consentie, puisqu'il déclare supprimer, par rapport au cessionnaire ou subrogé, comme n'étant plus justifiée, la dispense d'inscription hypothécaire, qui est une faveur exclusivement accordée à la femme, en considération de sa faiblesse et de sa dépendance. Le voilà donc, quoique subrogé au bénéfice d'une hypothèque légale, assujetti à la formalité de l'inscription. Mais, en réalité, que doivent-ils y gagner? Absolument rien. Car si, à défaut d'inscription ou de mention, le cessionnaire ou subrogé n'est pas légalement saisi envers eux, l'hypothèque légale de la femme ne tombe pas pour cela. Elle subsiste toujours dans ses mains, indépendamment de toute inscription, et elle est exercée par elle ou par ses créanciers, en son lieu et place, abstraction faite d'une cession ou renonciation frappée d'inefficacité. Comme elle s'exerce toujours au préjudice des créanciers du mari, que leur importe donc de connaître une subrogation dont les effets leur sont indifférents, puisqu'ils sont sans intérêt à ce que l'hypothèque légale de la femme profite à tel plutôt qu'à tel autre? Aussi, n'est-ce pas sur eux que la loi dirige ses prévisions.

Il est vrai que la femme n'a pas seulement hypothèque pour sa dot, ses reprises dotales, ses propres aliénés; elle a aussi hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari (2135), comme caution ou comme étant de droit réputée caution. Chacun de ses engagements donnant lieu, en sa faveur, à une indemnité protégée par son hypothèque légale, il dépend d'elle de se créer ainsi des droits illimités, en cautionnant indéfiniment son mari; et l'hypothèque légale qui les garantit devant profiter à ceux qu'elle y a

subrogés (1). Il est vrai de dire qu'elle ne repose sur sa tête que d'une manière fictive, et que son engagement a pour résultat de conférer à celui ou ceux des créanciers qu'elle préfère une hypothèque légale dispensée d'inscription. Cette conséquence est surtout sensible, si l'on suppose que la femme, en sa qualité de caution, agit contre son mari débiteur, pour être par lui indemnisée, avant même d'avoir payé, conformément à l'article 2032. On se demande, dès lors, quel doit être le sort des tiers de bonne foi qui ont contracté avec le mari, dans l'ignorance des indemnités indéfinies que couvre l'hypothèque légale et occulte de la femme. Mais que faire à cela, aussi longtemps que les femmes auront une hypothèque légale dispensée d'inscription? Ajoutons tout de suite que nous ne sommes pas de ceux qui soupirent après une réforme sur ce point. Or, encore une fois, la femme n'ayant pas besoin de s'inscrire, qu'importe aux créanciers du mari, considérés en cette seule qualité, que ce soit la femme ou son subrogé qui ait le bénéfice de son hypothèque légale? Ils sont absolument sans intérêt à être primés plutôt par la femme ou par ses créanciers ensemble exerçant ses droits, que par tel ou tel de ses créanciers, cessionnaires ou subrogés.

Les choses ne se passent même pas autrement, en cas de faillite, pour les indemnités auxquelles la femme a droit, à raison d'engagements par elle contractés pour son mari, dans les hypothèses prévues par les articles 446 et 447, C. comm. Elle ne laisse pas d'avoir une hypothèque légale pour ces indemnités, mais à la condition qu'elle aura contracté de bonne foi (2). Si, au contraire, elle avait agi de mauvaise foi, c'est-à-dire en connaissance de la cessation des payements de la part de son mari, comme alors le maintien de son hypo-

(1) Cass., 24 mai 1869. Sirey, 69, 1, 345.

(2) Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1048. — Cass., 7 nov. 1848. Sirey, 49, 1, 121. — 24 déc. 1860. Sirey, 61, 1, 538. — 25 juillet 1860. Sirey, 61, 1, 93. — 27 avril 1881. Sirey, 81, 1, 393.

thèque légale serait un moyen indirect de violer la loi, les tribunaux devraient lui en refuser le bénéfice (1), et les tiers, ses cessionnaires ou subrogés, n'ayant pas plus de droits qu'elle, ne pourraient s'en prévaloir, à moins que, traitant dans les termes de l'article 447, C. comm., ils n'eussent été personnellement de bonne foi.

Mais, à ce point de vue même, si c'est celui auquel s'est placé le législateur de 1855, nous aurons encore quelques observations à présenter. A-t-il voulu obvier aux inconvénients et aux dangers attachés à la masse inconnue et illimitée des indemnités dues à la femme? Mais alors il convenait peut-être de restreindre à ce point les dispositions de la loi nouvelle, au lieu de les étendre indistinctement même aux droits de la femme, provenant de ses reprises réelles et sérieuses, résultant de sa dot, de ses conventions matrimoniales, de l'aliénation de ses propres, de l'administration maritale. Et nous ajoutons, dans le même ordre d'idées, qu'après la dissolution du mariage, n'y ayant plus lieu aux indemnités dont nous venons de parler, les cessions ou subrogations de l'hypothèque légale des femmes auraient dû rester soumises aux règles ordinaires des articles 1689 et suivants.

Le législateur s'est-il enfin préoccupé des intérêts des cessionnaires ou subrogés ultérieurs, des tiers qui traitent avec une femme, dans l'ignorance de cessions antérieures dont la clandestinité est pour eux une cause de déceptions (2)? Nous dirons, tout en reconnaissant l'existence et la gravité du péril, qu'il est exactement le même pour toutes les autres cessions et subrogations d'hypothèques légales ou conventionnelles, émanées de toute autre personne que la femme ou ses héritiers; que, si notre système hypothécaire repose sur le principe de la publicité, cette publicité, néanmoins, n'est

(1) Cass., 15 mai 1850. Sirey, 50, 1, 609. — 11 déc. 1876. Sirey, 77, 1, 466.

(2) Voy. Troplong, *Hyp.*, préface, p. 47; *Transcript.*, n[os] 320 et suiv.

exigée que dans les rapports des créanciers hypothécaires entre eux, mais qu'elle ne l'est pas en ce qui concerne les différents cessionnaires d'une créance hypothécaire, dont la cession, la subrogation ou la délégation n'est soumise à aucune des conditions prescrites pour la conservation et l'exercice des priviléges ou hypothèques; qu'enfin la cession et le transport d'une semblable créance et des droits qui y sont attachés, ne sont soumis qu'aux formes ordinaires exigées par les articles 1689 et suivants, pour le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers.

Quoi qu'il en soit, nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître que la loi du 23 mars 1855 a introduit le principe de la publicité dans la transmission de certaines créances, et que si, sous ce rapport, elle a rompu l'unité de notre législation civile, la sécurité des transactions peut en retirer quelques avantages. Précisons maintenant le sens et la portée de ses dispositions.

61. Remarquons d'abord qu'en parlant de renonciation, elle entend une renonciation *in favorem*, opérant translation du droit, et non une simple renonciation abdicative ou extinctive. Quant à cette dernière, elle reste soumise aux règles ordinaires du Code, et peut résulter de tout acte, soit authentique, soit sous seing-privé. Nous disons que la loi ne s'occupe que des renonciations translatives, équivalentes à cession, subrogation ou transport du droit; c'est qu'en effet ceci est rendu manifeste par le rapprochement de ces mots, cession, renonciation, lesquels établissent une assimilation entre ces deux actes qui ne diffèrent entre eux que par l'expression. Il s'agit enfin si peu d'une renonciation extinctive, que la loi détermine comment et dans quel ordre les cessionnaires ou subrogés sont saisis du droit hypothécaire qui leur est transmis (1).

(1) Dijon, 4 août 1880. Sirey, 80, 2, 323. — Observations de M. Bufnoir sur un arrêt contraire de la Cour de Lyon du 6 mars 1880. Sirey, 81, 1, 473.

Cette expression de cession, qui se trouve dans la nouvelle loi, nous fournit une autre observation : la subrogation à son droit hypothécaire consentie par un créancier, en faveur d'un tiers, contre son débiteur, constitue, avons-nous dit en établissant plus haut la théorie de cette opération, une véritable cession-transport dans les termes de l'article 1689; et nous en avons tiré cette conséquence, que l'article 1690 lui était applicable, de telle sorte que le tiers subrogé ou cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification de l'acte au débiteur ou son acceptation par acte authentique. La nouvelle loi nous paraît confirmer notre opinion, en employant le mot de cession pour qualifier l'opération dont il s'agit. Nous n'avons donc rien à modifier de notre théorie, et il nous reste seulement à la compléter par la loi du 23 mars 1855, en ce que ses dispositions contiennent de nouveau et d'exceptionnel.

La subrogation à l'hypothèque légale doit être faite par acte authentique. Elle est désormais sans efficacité, à l'égard des tiers, si elle a lieu par acte sous seing-privé, même ayant date certaine, soit qu'elle en résulte expressément ou implicitement, comme convention formelle, ou comme conséquence virtuelle des engagements pris par la femme envers le tiers qui se prétend subrogé.

Mais ce tiers, s'il se voit, comme subrogé, évincé par d'autres subrogations plus régulières, pourra toujours, conformément aux principes généraux du droit, soit exercer les droits de la femme sa débitrice, concurremment avec ses autres créanciers, soit même, suivant son intérêt, faire valoir la prétendue cession comme contenant simplement à son égard renonciation extinctive et mainlevée de l'hypothèque, ce qui est abandonné à l'interprétation des tribunaux.

Quant à la saisine légale des subrogés ou cessionnaires, à l'égard des tiers, elle résulte, sans préjudice et en outre de la signification au débiteur, ou de son acceptation par acte authentique, suivant les règles générales du droit, de l'inscription prise à leur profit, ou de la mention de la subrogation

en marge de l'inscription préexistante. Avant la loi du 23 mars 1855, l'inscription ou la mention, aujourd'hui exigée, était superflue pour opérer la saisine des subrogés. Il suffisait, et, suivant nous, il était indispensable qu'ils se conformassent aux dispositions de l'article 1690, qui sont l'expression du droit commun en matière de cession de créances.

Sous le Code, la priorité entre subrogés se déterminait suivant l'ordre de dates des subrogations rendues efficaces envers les tiers. D'après la loi nouvelle, elle se règle d'après l'ordre de date des inscriptions ou mentions. Si deux cessionnaires de la femme les avaient fait opérer le même jour, ils viendraient en concurrence, suivant l'article 2147; car ces mentions ou inscriptions sont l'équivalent d'inscriptions proprement dites (1). Nous supposons, du reste, qu'au fond aucune des cessions ne peut être arguée de dol et de fraude.

Mais les dispositions dont il s'agit ont un caractère exceptionnel sur lequel nous devons insister. Elles ne s'appliquent qu'à certaines personnes et à certains actes.

Quant aux actes, elles ne concernent que les renonciations *in favorem*, cessions, délégations, transports, subrogations ou dations en gage du droit hypothécaire. Les termes de cession ou renonciation dont se sert la loi, embrassent tous ces actes (2). Il importe même peu que la femme, au lieu de déclarer simplement céder son hypothèque, son rang, son antériorité, ait expressément cédé et transporté la créance elle-même, avec les garanties et priviléges qui y sont attachés. L'article 9 est également applicable à cette cession-transport, qui se confond avec la cession d'hypothèque, quant à la transmission d'un droit identique sur un tiers, sauf quelques modifications accessoires qui différencient les effets de ce dernier acte, dans le sens d'une garantie, d'un nantissement et d'un transport conditionnel du droit cédé (3).

(1) TROPLONG, *Transcript.*, n° 339.
(2) Voy. Cass., 29 août 1866. SIREY, 67, 1, 9.
(3) TROPLONG, *Transcript.*, n° 323.

Mais il est inapplicable aux cas ordinaires de subrogation proprement dite, ayant son principe dans le payement de la créance, soit qu'elle résulte de la quittance donnée par le créancier, ou du prêt contracté par le débiteur. Cette subrogation reste soumise aux règles communes, et le tiers qui aura obtenu, soit par quittance, soit par prêt, une subrogation conventionnelle aux droits et créances d'une femme ayant hypothèque légale, et ne faisant que recevoir son payement, en sera saisi de la même manière que s'il était subrogé aux droits de tout autre créancier, sans qu'il ait besoin, pour opérer sa saisine ou déterminer son rang, de prendre inscription, ou de faire mentionner sa subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Nous en disons autant des cas de subrogation légale aux droits et créances d'une femme ayant hypothèque légale. Cette subrogation a lieu de plein droit, et produit toujours les mêmes effets que s'il s'agissait de tout autre créancier. Le subrogé exerce alors les droits et actions de la femme subrogeante, en son lieu et place, et comme elle ferait elle-même. Peut-être ces solutions sont-elles en opposition avec l'esprit de la loi nouvelle; mais, en tous cas, elles sont conformes à son texte sainement entendu. Or, il ne faut pas perdre de vue que ses dispositions étant exceptionnelles et exorbitantes du droit commun, il ne faut pas les étendre hors de ses termes, par raison d'analogie. Les principes de la subrogation ordinaire et de la cession-transport reprennent donc tout leur empire dans les cas non formellement exceptés.

Quant aux personnes, la loi du 23 mars ne s'applique qu'aux femmes ayant hypothèque légale, et, bien qu'elle ne le dise pas expressément, à leurs héritiers et ayants-cause. Pour ces derniers, cependant, une distinction nous paraît nécessaire : s'agit-il d'un ayant-cause, tel qu'un cessionnaire qui n'a pu être saisi du droit hypothécaire cédé qu'en se conformant à l'article 9? Son sous-cessionnaire ne sera lui-même légalement saisi, soit à l'égard des tiers qui tiennent leurs droits de la

femme, soit à l'égard des tiers qui tirent leurs droits de la personne de son cédant immédiat, que conformément aux dispositions du même article. Car le cédant ne fait que représenter une femme ayant hypothèque légale. Mais le dernier cessionnaire pourra, alors même qu'il n'a fait ni inscrire ni mentionner son titre, se prévaloir contre les créanciers de la femme, de l'inscription prise ou de la mention faite par son cédant.

S'agit-il, au contraire, d'un ayant-cause, tel qu'un subrogé ordinaire, qui a été saisi sans avoir eu besoin d'accomplir les formalités prescrites par l'article 9? Les cessions ultérieures qu'il pourra consentir à des tiers du droit hypothécaire qui lui a été transféré, en seront également dispensées, et les cessionnaires en seront saisis suivant les dispositions générales des articles 1689 et suivants. Car, du moment que la femme a pu elle-même être dépouillée de son droit, sans inscription ni mention de l'acte qui l'en dessaisit, ce droit tombe dans la classe des créances ordinaires, et rentre, quant à sa transmission, sous l'empire du droit commun.

En cas de plusieurs cessions successivement consenties par la femme et ses cessionnaires, il suffit que le dernier cessionnaire fasse inscrire ou mentionner son titre. Il est alors légalement saisi, quand bien même il n'aurait pas rappelé dans l'inscription ou mention les noms des précédents cessionnaires, ses auteurs.

Les dispositions de l'article 9 sont applicables, soit que la cession ou subrogation se fasse durant le mariage ou après sa dissolution, ou même après l'année de sa dissolution sans inscription prise suivant l'article 8. Car elles sont conçues en termes généraux (1).

Mais si la femme avait laissé périr son droit hypothécaire, ne s'agissant, dès lors, que d'une créance chirographaire, la cession qu'elle en ferait échapperait à l'application de la loi

(1) TROPLONG, *Transcript.*, n° 337.

nouvelle. Hors ce cas, le cessionnaire ou subrogé ne serait point admis à prétendre, pour faire valoir sa cession, qu'il veut renoncer au bénéfice de l'hypothèque légale, et n'exercer ses droits que chirographairement. Car sa cession tendrait toujours à écarter les tiers, contrairement à la loi, en produisant effet à leur préjudice.

L'article 9 est également inapplicable au cas où la femme, ayant d'ailleurs une hypothèque légale sur les biens de son mari, consent cession ou subrogation d'un droit hypothécaire d'une autre nature, soit sur un tiers, ou même sur son mari ou ses héritiers. Ne s'agissant plus d'hypothèque légale, ces cessions, subrogations ou renonciations restent soumises aux règles ordinaires.

Il ne s'applique pas enfin aux cessions et subrogations que le mineur pourrait consentir à son hypothèque légale contre son tuteur. Quel qu'en soit l'esprit, il faut s'arrêter à son texte littéral.

Lorsqu'il fait de l'inscription ou de la mention de l'acte authentique portant cession ou renonciation, la condition de la saisine légale du cessionnaire à l'égard des tiers, notre article entend par là ceux qui, par voie de cession, de renonciation, de subrogation, de nantissement, ont régulièrement acquis de la femme, avec saisine légalement parfaite, des droits propres et privatifs sur la créance et les droits hypothécaires qui ont fait le sujet de l'engagement. Il entend également par tiers, les créanciers saisissants ou opposants qui ont exercé leurs actions avant l'inscription prise, ou la mention faite de la cession ou renonciation qui leur est opposée. A défaut d'inscription ou de mention, elle est réputée inexistante à leur égard, et frappée d'inefficacité.

Mais, quant aux créanciers de la femme qui ne sont ni saisissants ni opposants, soit antérieurs ou postérieurs, ils ne doivent point être considérés comme tiers. Comme ils n'ont qu'un gage général dans le patrimoine de leur débitrice dont ils ont suivi la foi ; que les droits qui ont fait le sujet de la ces-

sion ou renonciation ne leur ont point été engagés par une affectation particulière, ils ne peuvent opposer le défaut d'inscription ou de mention, et les cessionnaires et subrogés sont saisis à leur égard, comme ils le sont à l'égard de la femme cédante ou renonçante, par la seule force de la convention et sans le secours d'aucune formalité.

Il ne faut pas non plus considérer comme tiers le mari débiteur, ni ses créanciers, antérieurs ou postérieurs à la cession ou renonciation. Ce n'est pas d'eux que la loi se préoccupe, puisqu'elle suppose le cas d'une inscription préexistante au nom de la femme, et que, néanmoins, elle exige l'inscription ou la mention; tandis que si, dans ses prévisions, il s'agissait de leurs intérêts, l'inscription préexistante de la femme suffirait, comme moyen de publicité, pour les garantir pleinement. Antérieurs ou postérieurs, il leur est indifférent que l'hypothèque légale de la femme soit exercée par elle ou par tous autres, puisqu'elle l'est toujours dans les mêmes conditions (1). Aussi, lorsque la loi veut que cette hypothèque devienne alors publique, c'est, comme le législateur l'a déclaré, d'une part, que les tiers cessionnaires ne sont pas dans la même situation qui peut empêcher la femme de prendre inscription contre son mari, et, d'autre part, que la publicité de cette hypothèque importe à la sécurité des transactions, en faisant connaître l'existence de cessions ou renonciations antérieures, afin de protéger contre les surprises et les fraudes les tiers de bonne foi, auxquels des cessions ou renonciations semblables seraient plus tard consenties.

Nous avons vu que tous ceux qui étaient aux droits de la femme n'étaient pas tenus de prendre inscription, ou de faire mentionner leur titre; tels sont les subrogés ordinaires, conventionnels ou légaux. Ils l'emporteront donc, si leur subrogation est à une date antérieure, sur les cessionnaires subséquents qui auraient même pris inscription, ou fait mentionner régulièrement leur cession.

(1) Troplong, *Transcript.*, nº 341.

Il peut arriver enfin qu'aucun des cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme ne se soit conformé aux prescriptions de l'article 9; que, par exemple, leurs titres soient sous seings-privés, qu'ils n'aient pas pris inscription, ni fait faire mention de leur subrogation. Dans ce cas, la priorité doit, suivant nous, se déterminer par l'ordre de dates des cessions opérant saisine de droit, conformément à l'article 1690. On en revient alors nécessairement aux principes ordinaires qui régissent la transmission des droits, du moment que les derniers cessionnaires, à défaut d'inscription ou de mention, ne peuvent eux-mêmes invoquer que des titres inefficaces à l'égard de celui auquel il les opposent. Comme les conditions d'acte authentique, d'inscription ou de mention, ne sont exigées que relativement aux tiers qui se présentent comme cessionnaires des mêmes droits, saisis régulièrement et sans fraude, il s'ensuit, en l'absence de cessions différentes qui lui soient opposables, que c'est le cessionnaire premier en date qui doit être préféré. Sa cession l'emporte, bien moins parce qu'elle est régulière, que parce que ses adversaires sont dans l'impuissance de l'attaquer.

§ 2.

62. Nous passons au second cas de subrogation conventionnelle. Elle a lieu, dit l'article 1250, lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Voilà le principe. Nous examinerons plus loin les formalités indispensables pour sa mise en pratique.

Ce mode de subrogation nous vient du droit romain. Il autorisait également le débiteur qui empruntait pour payer un créancier hypothécaire, à faire entrer le prêteur en la place du créancier payé. Cette subrogation avait, néanmoins, ses conditions : ainsi, elle ne s'opérait pas par cela seul que les deniers du prêteur avaient servi à désintéresser le créancier

hypothécaire. Il fallait que le prêteur eût remis ses deniers sous la condition expresse qu'il aurait le même gage : *Non enim omnino succedunt in locum creditoris hypothecarii, ii quorum pecunia ad creditorem transit; hoc enim tunc observatur, cum is qui pecuniam dat sub hoc pacto credit, ut idem pignut ei obligetur* (1). *Non aliter in jus pignoris succedet nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata* (2), il ne sera subrogé que tout autant qu'il aura stipulé que la même chose sera obligée en sa faveur. Il ne suffisait donc pas qu'il fût prouvé que le créancier avait reçu les fonds, ou que le prêteur n'avait prêté que pour opérer le payement. Il fallait la stipulation de subrogation, la convention de succéder (3).

Résumant les conditions nécessaires pour l'accomplissement de cette subrogation, Accurse disait qu'il fallait 1° convenir que la même chose serait obligée; 2° stipuler la subrogation au lieu et place du créancier; 3° réaliser le prêt à cette intention; 4° enfin, désintéresser le créancier avec le même argent prêté. Mais, en réalité, les deux premières conditions n'en font qu'une.

Comme espèce dans le genre, nous citerons la subrogation qui s'opérait en faveur de celui qui prêtait les deniers nécessaires pour payer le prix d'une acquisition. *Licet, iisdem pignoribus multis creditoribus datis priores habeantur potiores, tamen eum cujus pecuniâ prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum, statim convenit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur* (4) : Bien que, dans le concours de plusieurs créanciers ayant, à diverses dates, hypothèques sur la même chose, la préférence soit due à la priorité, cependant celui dont il est prouvé que les deniers ont servi à payer mon acquisition, et qui a stipulé incontinent avec moi que la chose acquise lui serait spécialement enga-

(1) L. 1, C. *De his qui in prior. cred. loc. succed.*
(2) L. *Aristo*, 3, *ff. Quæ res pign. vel hyp.*
(3) CUJAS, *In paratit*, C. *De his qui in prior. cred. loc. succed.*
(4) L. 7, C. *Qui potior.*

gée, a légalement sur tous un droit de préférence. Il résulte de ce texte qu'avant tout le prêteur doit stipuler expressément et de suite que l'immeuble acheté lui sera affecté par hypothèque, et établir ensuite que la somme a été employée à payer le vendeur. Mais cette preuve de l'emploi pouvait se faire par tout moyen quelconque (1), ce qui a été, ainsi que nous le verrons plus loin, modifié par notre ancien droit et le Code civil.

Mais, outre la stipulation d'hypothèque et la preuve de l'emploi, fallait-il mentionner expressément dans le prêt la destination des fonds? Nous le pensons, avec Loyseau (2) et M. Troplong (3). En effet, nous voyons dans divers textes, qui établissent, pour ainsi dire, le droit commun de cette sorte de subrogation, cette exigence d'une destination mentionnée, *ut antecedens (creditor) dimitteretur* (4), *ut Titio solveres* (5). Pourquoi ne pas l'exiger également de celui qui prête ses deniers pour payer le vendeur lequel n'est, en somme, qu'un créancier? La stipulation hypothécaire ne suffit pas, d'ailleurs, par elle-même, pour indiquer tacitement cette destination. Le prêteur doit donc manifester l'intention d'acquérir un droit qu'il serait étrange de lui accorder après coup, par suite de l'événement d'un emploi non prévu par lui, et étranger à sa volonté au moment du prêt.

63. Cependant, le droit romain faisait une distinction entre les hypothèques et les priviléges. Il n'exigeait pas, pour la subrogation au privilége, qu'elle fût expressément stipulée. Il suffisait qu'il fût constant que les fonds du tiers prêteur étaient arrivés dans les mains du créancier par l'intermédiaire de

(1) LOYSEAU, *Traité des offices*, liv. 3, ch. 8, n° 44.
(2) *Ibid.*, n°s 29 et suiv.
(3) *Hyp.*, n° 228.
(4) L. 3, *ff. Quæ res pign.*
(5) L. 12, § 8, *ff. Qui potior.*

l'emprunteur (1). Loyseau (2) en donne pour raison que l'hypothèque est un droit réel qui s'acquiert plus difficilement que le privilége personnel; qu'en effet, pour l'acquérir, il faut la stipuler de nouveau sur la même chose, puisqu'elle ne peut s'acquérir que par une convention expresse, sauf les cas d'hypothèque tacite.

64. Voici, au surplus, une loi romaine qui contient à la fois le principe et l'application de cette subrogation conventionnelle (3) : Un débiteur emprunte de Titius, avec hypothèque sur ses biens. Plus tard, il emprunte de Mœvius, et convient avec lui que si ses biens cessent d'être hypothéqués à Titius, ils le seront en sa faveur. Enfin, il emprunte d'un tiers, expressément pour payer Titius, et avec stipulation de subrogation en faveur du prêteur. Le second créancier, Mœvius, lui sera-t-il préférable? Pourra-t-il considérer le payement fait à Titius comme étant l'accomplissement de la condition convenue? Prétendra-t-il que le dernier prêteur a s'imputer de ne pas avoir mieux vérifié la position des biens de son emprunteur? Non, dit le jurisconsulte romain; le tiers prêteur est préférable au second créancier; et ce n'est, en effet, que la conséquence de sa subrogation aux droits de Titius, premier créancier.

65. Ce mode de subrogation fut adopté par notre ancienne jurisprudence. Il reçut même d'une déclaration royale une consécration nouvelle.

En 1575, Charles IX avait fixé le taux des rentes au denier douze. En 1601, Henri IV l'abaissa au denier seize. Dès lors, les débiteurs de rentes eurent intérêt à les convertir. Afin de faciliter cette conversion, un édit fut rendu en 1609, portant

(1) L. 24, *Si ventri*, § 3, *ff. De rebus, auct. jud. poss.* — L. 2, *ff. De cess. bon.* — Basnage, *Hyp.*, ch. 15, p. 363. — Toullier, t. 7, nº 158. — Troplong, *Hyp.*, nºs 353 et 354 *bis*.

(2) *Traité des offices*, liv. 3, ch. 8, nº 83.

(3) L. 12, § 8, *ff. Qui potior, in pign.*

que « ceux qui fournissent leurs deniers aux débiteurs des rentes constituées au denier douze, avec stipulation expresse de succéder aux hypothèques des créanciers qui seront acquittés de leurs deniers, et desquels les deniers se trouveront employés à l'acquit desdites rentes et arrérages d'icelles, par déclaration qui sera faite par les débiteurs lors de l'acquit et rachat, seront et demeureront subrogés aux droits et hypothèques des anciens créanciers, sans autre cession ni transport. »

Cet édit était, au fond, parfaitement conforme à la disposition du droit. Seulement, pour mieux s'assurer de la réalité du payement effectué par les deniers prêtés, il voulait que, lors du payement, déclaration fût faite à l'ancien créancier de leur provenance et destination.

C'était quelque chose pour déjouer la fraude, mais ce n'était pas assez. Il stipulait bien le concours d'une convention de subrogation dans l'acte d'emprunt, avec la déclaration de la provenance des deniers dans la quittance; mais il n'exigeait point d'autres formalités. Ces actes pouvaient donc être indifféremment publics ou privés. La perpétration de la fraude était par là facile, et, au moyen d'actes privés sans date certaine, il était aisé de faire apparaître, en fraude des tiers, une subrogation posthume, là où, dans le principe, il y avait eu un prêt pur et simple d'une part, et, de l'autre, extinction complète de la créance.

Un arrêt du parlement de Paris, en date du 6 juillet 1690, rendu en forme de règlement, porta donc « que, pour la validité d'une subrogation, il faut que les deniers du nouveau créancier soient fournis au débiteur avec stipulation faite par acte passé devant notaires, qui précède le payement ou qui soit de même date, que le débiteur emploiera les deniers au payement de l'ancien créancier, que celui qui les prête sera subrogé aux droits de l'ancien créancier, et que, dans la quittance ou l'acte qui en tiendra lieu, qui sera aussi passé devant notaires, il soit fait mention que le remboursement a été fait

des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier, sans qu'il soit besoin que la subrogation soit consentie par l'ancien créancier, ni par les autres débiteurs et cautions, ou qu'elle soit ordonnée en justice. »

La seule différence qui distingue cet arrêt de l'édit de 1609, c'est que celui-ci ne réglait rien quant à la forme des actes d'emprunt et de quittance, et que celui-là veut qu'ils soient passés devant notaires.

66. Le second paragraphe de l'article 1250 n'est que la reproduction résumée des dispositons de cet arrêt de règlement. « Il faut, dit-il, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que, dans l'acte d'emprunt, il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. » Comme lui, il veut que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; comme lui, il exige la double mention de la destination et de l'emploi des deniers prêtés. Mais il y a cette différence, que l'arrêt voulait une stipulation de subrogation, tandis que l'article 1250 la fait ressortir implicitement de la mention de destination et d'emploi.

67. Avant de passer à l'examen de ces conditions de forme, nous devons apprécier ce mode de subrogation dans son principe. Au premier abord, il semble étrange que le débiteur puisse subroger contre lui-même, et disposer ainsi d'une créance dont il est personnellement tenu, avec les hypothèques et les garanties accessoires dont elle est assortie. Mais, avec un peu d'attention, il est aisé de reconnaître que ce premier aperçu n'est qu'une illusion produite par la rigueur et la subtilité du droit.

Il faut, en effet, considérer la position d'un débiteur, par rapport au créancier aux droits duquel il concède subrogation, et aussi par rapport à ses autres créanciers, étrangers à

la subrogation qu'il accorde à un tiers. Quant au créancier, le débiteur ne pouvant être perpétuellement retenu dans les liens d'une obligation, est nécessairement maître de le payer. Il peut même avoir un intérêt tout particulier à le désintéresser et à le remplacer par un autre. En le payant, il use d'un droit, et le créancier payé n'a plus à s'inquiéter de ce qui peut survenir. Toute subrogation à ses droits est sans intérêt pour lui.

Quant aux autres créanciers étrangers à la subrogation, ils sont aussi sans intérêt à s'opposer à ce qu'elle s'opère. Ce qu'ils ont, en effet, à redouter, c'est le concours et la pluralité des créances. Peu leur importe que ce soit tel ou tel qui soit créancier, si, en fin de compte, la somme des créances n'est pas augmentée. Or, la subrogation a précisément pour résultat de changer le créancier sans changer la créance. Que serait-il arrivé sans la subrogation? Le créancier désintéressé maintenant au moyen de l'emprunt ne le serait pas; il serait toujours créancier. Que leur importe donc que le prêteur ait pris sa place, ou, mieux encore, que le prêt ait pris la place de la créance?

C'est ce que démontre parfaitement Dumoulin (1). Les créanciers intermédiaires, dit-il, n'en éprouvent aucun dommage. On peut dire plutôt qu'ils n'en reçoivent aucun profit, parce que le dernier prend la place du premier, toutes choses d'ailleurs demeurant en état. Aussi, est-ce avec raison que nos mœurs, d'accord avec le droit, ont introduit un mode de subrogation qui, sans être préjudiciable aux créanciers, donne aux débiteurs l'avantage de se défaire d'un créancier plus rigoureux, et de le changer pour un autre.

68. Cette subrogation, nous lui avons déjà donné le nom de subrogation par prêt, pour la distinguer de celle que prévoit le premier paragraphe de l'article 1250, et que nous avons

(1) *De usuris*, n° 276.

appelée subrogation par quittance. Nous pourrions tout aussi bien les nommer, celle-là subrogation du créancier, celle-ci subrogation du débiteur. Si, en effet, l'une est consentie par le créancier en faveur du débiteur qui le paye, l'autre est consentie par le débiteur en faveur du tiers qui lui prête. Dans ce dernier cas, le subrogé ne tient rien du créancier, il tient tout du débiteur (1).

Ainsi, de même que le créancier peut subroger à ses droits le tiers qui le paye, malgré la volonté et à l'insu du débiteur, de même aussi le débiteur peut, sans le concours du créancier, consentir subrogation en faveur du tiers qui lui prête les deniers destinés au payement. L'article 1250 en a une disposition formelle. Cette subrogation, dit-il, s'opère sans le concours de la volonté du créancier; il y est, en effet, sans intérêt. L'édit de 1609 et l'arrêt de 1690 ne voulaient pas dire autre chose, lorsqu'ils portaient que la subrogation avait lieu sans autre cession ni transport, sans qu'il fût besoin qu'elle fût ordonnée en justice, ou consentie par l'ancien créancier. On a donc toujours considéré cette opération comme l'œuvre particulière du débiteur et du prêteur, et comme indépendante de la volonté du créancier.

Il faut entendre ici par débiteur, non-seulement le principal et personnel obligé, mais encore tous ceux qui, ayant intérêt ou étant tenus à un titre quelconque au payement de la dette, sont dans l'un des cas de subrogation légale. Ainsi, la caution, l'héritier bénéficiaire, le tiers détenteur peuvent accorder, par voie d'emprunt, la subrogation dont nous nous occupons ici, et ils n'ont ensuite qu'à rembourser le prêteur subrogé, pour ressaisir par la subrogation qui s'opère dès lors à leur profit, les droits et actions qui avaient momentanément passé dans ses mains.

69. Toute la préoccupation de la loi s'est portée vers l'inté-

(1) DUMOULIN, *ibid.*

rêt des tiers. Elle a voulu les garantir contre les subrogations frauduleuses, et la résurrection de préférences éteintes en faveur de prétendus subrogés. Voilà le but de ses dispositions.

Les termes de l'article 1250 indiquent par eux-mêmes qu'il contient une disposition irritante, dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité. Il faut, dit-il, pour que cette subrogation soit valable... La validité de la subrogation est donc subordonnée à l'accomplissement des formalités prescrites. Notre article ne dit pas, il est vrai, à peine de nullité, mais l'expression formelle d'une pareille sanction n'est pas nécessaire, toutes les fois que la loi prescrit certaines conditions de forme, de l'observation desquelles elle fait dépendre la validité de l'acte. Or, quand l'article 1250 dit que, pour que la subrogation soit valable, il faut que..., n'impose-t-il pas les formalités qu'il édicte comme condition *sine quâ non?* La sanction de nullité n'y est-elle pas virtuellement contenue? L'arrêt de 1690 disait aussi, pour la validité d'une subrogation, il faut que... et il n'a jamais été question que ce ne fût point à peine de nullité. Nous insistons sur ce point, afin de prémunir contre une déplorable tendance en cette matière à substituer des questions de bonne foi et de volonté commune à des questions de droit strict, dont la rigueur est commandée et justifiée par la considération de l'intérêt des tiers.

70. La subrogation par prêt s'opère, pour ainsi dire, en deux temps. Elle se décompose dans deux éléments qui se complètent l'un par l'autre, comme le commencement et la fin. Le prêt la commence, le payement l'achève. Il ne faut pas oublier, en effet, que toute subrogation naît d'un payement. C'est sa condition essentielle. Nous avons donc à examiner le prêt d'abord, puis le payement, ou plutôt les actes qui les constatent.

Ils doivent, l'un et l'autre, être passés devant notaires. Nous savons pourquoi : c'est afin d'empêcher les fraudes que rendraient si aisées les actes sous signatures privées, par la faci-

lité des antidates et postdates. Mais alors, pourquoi n'aurait-il pas suffi, à ce point de vue, d'actes ayant dates certaines? Le législateur a sans doute pensé que la réception des actes par un officier public était, indépendamment de la certitude de date, une garantie de plus de leur loyauté et de leur sincérité. Si l'on songe, au surplus, que le payement doit suivre le prêt à peu d'intervalle, ainsi que nous l'établirons plus loin, on verra qu'il devait rester fort peu de place aux actes pour acquérir date certaine, et que, dès lors, leur admission ne devait offrir aux parties qu'un très médiocre intérêt pratique, si ce n'est celui de l'économie.

71. Au fond, l'acte d'emprunt doit contenir déclaration, n'importe par qui, par l'emprunteur ou le prêteur, que la somme a été empruntée pour faire le payement, ce qui implique la nécessité d'indiquer spécialement la dette et le créancier en vue (1).

Il doit aussi être déclaré dans la quittance, que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

Le concours de ces deux déclarations est indispensable; la première comme stipulation de subrogation, la seconde comme exécution de cette stipulation. Toutes deux concourent pour consommer une subrogation exclusivement fondée, d'abord sur la destination, et ensuite sur l'emploi des deniers prêtés.

Si cette double déclaration n'avait pas eu lieu, et dans l'acte d'emprunt, et dans la quittance, elle ne pourrait être réparée par aucun acte postérieur. La déclaration de destination manque-t-elle? Le nouveau créancier, faute par lui de s'être expliqué, est censé n'avoir fait qu'un simple prêt, avec les seules garanties qu'il peut avoir d'ailleurs stipulées. Et peu importe que plus tard il soit dit dans la quittance, que le payement a eu lieu au moyen des deniers prêtés. Car il n'apparaît pas

(1) GAUTHIER, n° 163 *bis*. — *Contrà*, MOURLON, p. 268.

légalement que cet emploi soit fait suivant la destination du prêteur, puisqu'il n'en a exprimé aucune.

Est-ce, au contraire, la déclaration d'emploi qui manque dans la quittance? Le silence de l'acte est encore plus grave, en ce qu'il établit même une présomption que ce ne sont pas les deniers prêtés qui ont servi au payement. N'y eût-il que du doute, ce serait assez. Car la subrogation est basée sur la certitude que les deniers prêtés ont servi à payer l'ancien créancier. Les conséquences de ce défaut de mention sont donc irréparables. Il y a fait accompli. En vain ferait-on un autre acte. Ce que celui-ci dirait après coup serait détruit par ce que n'aurait pas dit le premier. La déclaration postérieure ne prévaudrait point sur le silence antérieur, qui serait contre elle un irréfutable démenti (1).

72. Il faut peser tous les mots de notre article. Il veut que la déclaration d'emploi soit faite dans la quittance. Dans la quittance! Elle doit donc entrer dans le corps de l'acte, en faire partie intégrante. Il ne suffirait pas qu'elle fût ajoutée au pied de l'acte, en appendice, le fût-elle même incontinent, *in continenti*. Notre ancienne jurisprudence nous présente sur ce point plusieurs arrêts rendus en dernière rigueur, *summo jure*, mais fondés sur les vrais principes.

Ainsi, un créancier ne veut donner qu'une quittance pure et simple, sans vouloir qu'on y fasse mention de l'origine ni de l'emploi des deniers. Il est passé quittance pure et simple. Mais, par un acte écrit au même instant, au pied de la quittance, par le même notaire, il est déclaré que les deniers qui ont servi au payement proviennent de tel prêt. Arrêt du parlement de Paris de 1672, qui déclare la subrogation non valable (2).

Autre cas qui s'est présenté au parlement de Normandie : Gratot avait prêté des deniers à de Monbosc pour faire cesser

(1) Toullier, t. 7, n° 129.
(2) Voy. Renusson, ch. 12, nos 30 et suiv. — Toullier, t. 7, n° 130.

le décret de la terre de Colomby, avec stipulation qu'en payant les créanciers on ferait déclaration que les deniers provenaient de lui, aux fins d'obtenir la subrogation. Le procureur du créancier n'ayant point voulu souffrir que cette déclaration fût insérée dans le corps du contrat, on ajouta ces termes à la fin de l'acte, et à l'instant de Monbosc reconnut que les deniers par lui payés provenaient de Gratot, consentant qu'il demeurât subrogé aux droits et hypothèques du dit créancier. Plus tard, il fut jugé que la subrogation n'était point valable. Il est vrai que Gratot obtint des lettres de requête civile, et que la subrogation fut jugée valable par le parlement de Paris; « mais, dit Basnage qui rapporte l'espèce (1), il y avait des circonstances particulières qui rendaient la cause de Gratot fort favorable. Car, dans la question générale, il est sans difficulté que la déclaration d'emploi doit être insérée dans le contrat; autrement, quand elle serait ajoutée à l'instant, elle ne pourrait servir ».

Enfin un arrêt de règlement, du 31 août 1676, rendu par le parlement de Paris, défendit aux notaires de recevoir les déclarations de subrogation pour emprunts de deniers, sinon par les actes contenant les acquits et rachats, à peine de nullité. Aussi, son arrêt de 1690 exigea-t-il la mention dans l'acte de quittance. Et si, sous l'empire de l'édit de 1609, qui d'une manière moins expresse demandait que la déclaration fût faite lors de l'acquit et rachat, il a été jugé que cette déclaration devait entrer dans le corps même de la quittance, à plus forte raison doit-il en être de même sous l'empire du Code civil, dont la lettre et l'esprit sont les mêmes que ceux du règlement de 1690.

73. Si, par hasard, il se rencontrait encore aujourd'hui quelque créancier qui, comme le procureur normand, par caprice ou ignorance, ne voulût point souffrir dans la quittance

(1) *Hyp.*, ch. 15, p. 361.

la mention de l'origine et de l'emploi des deniers, la personne chargée de le payer, prêteur ou emprunteur, aurait moyen d'arriver tout de même à la subrogation.

Le créancier accepte les fonds; seulement, il ne veut pas signer la quittance contenant la mention d'emploi. Le débiteur fait dresser procès-verbal des faits par le notaire, qui constate son refus de signer la quittance, quoique dûment interpellé. Ce procès-verbal vaut acte de libération, et l'emploi des deniers est alors suffisamment constaté. Mais il faut que ce procès-verbal entre tout d'un trait dans le corps de la quittance. La loi n'exige point, en effet, que ce soit le créancier lui-même qui le déclare ou le confirme. Comment le pourrait-il, lui étranger à l'emprunt (1)?

Il refuse la quittance et le payement. Il faut alors lui faire des offres, en ayant soin de constater dans l'acte que les deniers offerts proviennent de tel emprunt, et que les offres sont faites sur son refus de concéder quittance avec la mention demandée.

Les offres sont refusées; on plaide sur leur validité. Il faut les réaliser à la barre, dans les mêmes espèces, avec la même mention de provenance, pour la meilleure justification de l'emploi. Si elles sont déclarées satisfactoires, il ne reste plus qu'à consigner.

Il sera bien, sans doute, que dans le reçu de la consignation on fasse encore la déclaration de l'emploi. Mais cette formalité ne nous paraît pas indispensable, du moment que les offres la contiennent, et que la consignation s'y réfère naturellement. Mais il est de rigueur que les offres contiennent déclaration de l'origine et de l'emploi. C'est, en effet, l'acte qui tient lieu de payement, pourvu qu'il soit suivi de consignation. Il faut donc que ce soit dès le début, lors des offres, que la déclaration soit faite. Cette déclaration viendrait trop tard, après l'acte d'offres, soit lors de la réalisation à la barre, soit

(1) Toullier, t. 7, n° 131. — *Contrà*, Gauthier, n° 176 *bis*.

dans le reçu de la consignation. Elle n'aurait pas plus de valeur que si elle était mise au pied de la quittance.

Si les offres sont toujours refusées, et qu'il n'y ait pas de procès engagé sur leur validité, il faut pousser droit à la consignation.

Nous remplaçons ainsi par des équivalents la quittance passée devant notaires qu'exige l'article 1250. Or, ces équivalents sont-ils admissibles dans une matière de droit étroit? Il ne faut pas donner à la lettre de l'article 1250 une interprétation restrictive que son esprit repousse. S'il parle de quittance passée devant notaires, c'est qu'il suppose que cette espèce de quittance peut être employée. Il n'a pas supposé, il n'a pas dû supposer qu'il pût jamais se trouver un créancier qui poussât l'ignorance, le caprice et le mauvais vouloir jusqu'à refuser dans la quittance l'innocente mention que le débiteur lui demande. Mais, en fait, ce qui n'a pas été dans les prévisions de la loi, peut néanmoins se réaliser. Faut-il donc que le prêteur échoue devant la résistance si mal fondée de l'ancien créancier? La loi l'a-t-elle entendu ainsi? N'a-t-elle concédé les moyens d'obtenir la subrogation par prêt, que sous le bon plaisir du créancier? S'il était vrai que l'article 1250 fît de la quittance passée devant notaires la condition essentielle de la subrogation, il en résulterait cette conséquence, que la mauvaise volonté du créancier pourrait empêcher la subrogation du prêteur, quoi qu'il fît, puisqu'elle pourrait toujours rendre impossible l'intervention des notaires. Tel ne saurait être le sens de l'article 1250. Par cela même qu'il admet la subrogation, et quelque impérieuses que soient les formalités qu'il exige, il n'a pas voulu soumettre le prêteur à l'accomplissement de ces formalités, dans les cas où il était impossible, non par son fait, mais par celui du créancier. Ce sont là de véritables cas de force majeure qui passent toutes les règles, et forcent la loi elle-même de fléchir devant la nécessité des équivalents.

Quel doit être leur caractère? Il suffit qu'ils rentrent dans

l'esprit et le but de la loi. Elle veut une quittance passée devant notaires, pour dire qu'elle demande une quittance authentique, reçue par un officier public. L'acte équivalent devra donc avoir lui aussi le caractère d'une écriture publique. Or, nous avons dans les offres faites par un huissier, leur réalisation devant la justice, leur consignation entre les mains d'un receveur public, une triple authenticité, équivalente sans doute, en fait comme en droit, à celle que deux notaires pourraient donner à l'acte de leur ministère commun (1).

Poursuivons l'indication des moyens que nous proposons pour triompher du mauvais vouloir du créancier.

Sur les offres qui lui sont adressées, le créancier, se ravisant, accepte les deniers offerts, et l'huissier dresse, à la suite de son acte, procès-verbal de leur réception. Là encore, pas de notaires. Cependant le procès-verbal de l'huissier remplit le vœu de l'article 1250, pourvu, d'ailleurs, que les offres contiennent mention de l'origine et de l'emploi des deniers qui ont servi à faire le payement. Il y a, en effet, un acte authentique de libération; et si les notaires peuvent, concurremment avec les huissiers, dresser un procès-verbal d'offres, c'est une preuve que ces officiers publics se remplacent exactement pour la consommation de ces actes. Puisqu'ils sont placés par la loi sur la même ligne, les actes de leur ministère doivent de même avoir une égale valeur.

A plus forte raison, y aurait-il quittance suffisante, si le créancier avait accepté les offres refusées d'abord, au moment où elles ont été réalisées à la barre, le tribunal ayant donné acte de leur réception.

Mais si le créancier, après avoir refusé les offres, venait à les accepter et à donner quittance sous seing-privé, il est évident qu'il ne serait point satisfait aux prescriptions de l'ar-

(1) TOULLIER, t. 7, n° 131. — DURANTON, t. 12, n° 131. — MERLIN, Rép., v° *Consignation*, n° 5. — DELVINCOURT, t. 2. p. 772. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 375, n[te] 17, 1[re] édit., et t. 4, p. 180, 4[e] édit.

ticle 1250. Rien alors ne dispensait les parties de la rédaction d'un acte authentique par-devant notaires.

Nous avons supposé jusque-là des offres régulièrement faites; mais un débat judiciaire peut s'engager, sans que, au préalable, acte d'offres ait été dressé. Ainsi, le créancier a refusé de me consentir quittance avec la mention demandée. Je le poursuis directement en justice, et conclus contre lui à ce qu'il plaise au tribunal, me donnant acte des offres que je fais à la barre, le condamner à me consentir quittance, avec la mention que les deniers qui ont servi au payement proviennent de tel emprunt. Le créancier accepte à l'audience. Le jugement qui le constate vaudra quittance passée devant notaires.

Cependant, il en serait autrement de la réception des deniers, constatée par procès-verbal de conciliation. L'article 54, C. pr., porte, en effet, que les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée. Ce texte est formel et repousse toute assimilation avec l'acte authentique du procès-verbal de conciliation. Il ne vaut donc pas plus qu'une quittance sous signature privée donnée par l'ancien créancier.

74. L'article 1250 suppose que les deniers prêtés ont été remis au débiteur, qui est, en conséquence, chargé de faire le payement. Cette supposition ressort de son texte, puisqu'il parle de deniers fournis à cet effet, c'est-à-dire pour le payement, par le nouveau créancier. Il ne faut pas croire, néanmoins, que cette remise de la somme prêtée entre les mains du débiteur soit un des éléments essentiels de l'opération. Le prêteur peut lui-même garder les fonds et les verser directement, sans l'intermédiaire de l'emprunteur, entre les mains de l'ancien créancier. Le point capital est qu'il soit constaté dans la quittance que le payement a été fait des deniers prêtés. Or, cette constatation acquiert un degré d'autorité de plus, lorsque c'est le prêteur lui-même qui effectue le payement.

75. La prudence lui conseille même de ne point se dessaisir de la somme prêtée. Le meilleur moyen de s'assurer qu'elle sera employée à la destination convenue, c'est de la garder dans ses mains pour la verser soi-même dans celles de l'ancien créancier. Supposez, en effet, l'emprunteur en possession des deniers prêtés. Quelle assurance, quelle garantie, excepté celle de sa bonne foi, qu'ils seront payés au créancier? Le débiteur ne peut-il pas leur donner un autre emploi? N'est-il pas intéressé à ne point subroger le prêteur, puisqu'il conserve, à défaut de subrogation actuelle, la perspective d'un emprunt ultérieur sur l'assurance d'une subrogation? En gardant ses fonds, le prêteur est, au contraire, assuré contre le détournement des deniers de leur destination convenue, et contre cet intérêt de crédit qui porte le débiteur à ne pas exécuter sa promesse. Les exemples abondent de débiteurs aux abois qui empruntent à diverses personnes, en promettant à toutes la même subrogation. Si l'emploi des deniers a lieu, ce ne pourra certainement pas être au profit de tous. Voilà encore une fraude possible, dont les prêteurs ne peuvent se garantir qu'en ayant soin de ne pas confier à l'emprunteur l'emploi des deniers.

76. Que si le débiteur, après avoir successivement emprunté de plusieurs personnes, trois ou quatre fois, suivant le nombre des prêteurs, le montant de sa dette, payait son créancier en déclarant que les fonds proviennent de tous les prêteurs, ou seulement de quelques-uns d'entre eux, il ne faut pas croire qu'ils devraient être subrogés proportionnellement au montant des sommes prêtées par chacun d'eux. Cette subrogation conventionnelle n'aurait, en effet, d'autre principe que cette fiction, à savoir que les sommes prêtées par les diverses personnes désignées dans la quittance, ont toutes servi contributoirement au payement de la dette. Une semblable fiction ne saurait équivaloir à la réalité d'emploi que la loi exige dans la subrogation par prêt. En fait, d'ailleurs, il n'est pas

naturel de supposer que des emprunts successifs et à des dates différentes, aient tous proportionnellement servi à l'extinction de la dette de l'emprunteur. La présomption la plus naturelle, entre les prêteurs successifs, est, au contraire, que le dernier en date est celui dont les deniers ont été employés au payement, tandis que les fonds précédemment fournis par les autres prêteurs, sont présumés consommés par le débiteur, dès le moment d'un autre et dernier emprunt. En vertu de cette présomption, celui-là donc sera seul reconnu valablement subrogé, dont le prêt sera postérieur en date (1).

Mais ce n'est là qu'une présomption, qui cède à la preuve contraire. Les autres prêteurs seront admis à établir, par tous les moyens de droit, que les derniers fonds empruntés sont précisément ceux qui ont été dévorés le plus vite par le débiteur, tandis que les deniers par eux antérieurement prêtés ont été conservés, ménagés, et réellement employés à l'extinction de la dette pour tout ou pour partie. Il pourra donc se faire, en définitive, que l'un des prêteurs plus anciens en date soit seul déclaré subrogé, à l'exclusion des autres, ou même que tous le soient également, chacun jusqu'à concurrence des sommes qu'il établira avoir réellement servi, sur le montant de son prêt, au payement de la dette de l'emprunteur. Cette solution dépend des circonstances et des preuves invoquées à l'encontre de la présomption toute naturelle qui milite, avant tout, en faveur du dernier prêteur.

77. Lorsque le prêteur ne s'est point dessaisi, l'opération peut se faire par un seul acte. Son mécanisme se réduit alors et se résume à sa plus simple expression. Le même acte qui constate le prêt peut, en effet, constater le payement, toujours, bien entendu, avec la double mention de la destination et de l'emploi. Par exemple, Paul doit dix mille francs à Pierre, sous bonne hypothèque. Le placement est sûr. J'ai

(1) GAUTHIER, n° 174. — Voy. toutefois MOURLON, p. 307 et suiv.

moi-même dix mille francs oisifs et disponibles. Paul, Pierre et moi, nous comparaissons devant notaires, et là je déclare prêter à Paul la somme de dix mille francs, destinés à payer sa dette envers Pierre. Celui-ci intervient, prend mes dix mille francs, donne quittance, et il est déclaré que le payement a été fait des deniers fournis par moi à cet effet. La subrogation est accomplie.

L'arrêt de règlement du 6 juillet 1690 prévoit lui-même cette simultanéité de l'emprunt et du payement, puisqu'il suppose que l'acte du prêt et l'acte de la quittance peuvent être à la même date. Dans ce cas, au surplus, si l'acte est un par l'unité de sa date et de son contexte, il est complexe par la pluralité de ses constatations. Il contient, en effet, réellement deux conventions parfaitement distinctes, et par leur nature et par les contractants : d'une part, le prêt intervenu entre le nouveau créancier et le débiteur, d'autre part, le payement fait à l'ancien créancier.

Du reste, lorsque les fonds sont remis au créancier, la quittance doit être faite immédiatement, afin de prévenir un accord frauduleux, qui aurait pour effet de faire revivre une créance éteinte, au préjudice des tiers (1).

Il convient, cependant, de ne pas entendre avec une rigueur trop absolue cette simultanéité que nous exigeons, en principe, du payement et de la quittance qui le constate. Bien que ces actes aient eu lieu *ex intervallo,* la subrogation ne laisse pas d'être bien venue, s'il résulte des circonstances qu'il n'y a eu aucune fraude, ni même la possibilité d'aucune simulation frauduleuse, et que, si la quittance n'a pu être rédigée incontinent, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne fait que constater un fait réel, et un emploi qui a toujours été dans l'intention des parties.

78. Quelquefois il arrive que le prêteur remet tout ou partie

(1) Gauthier, n° 168. — Orléans, 10 janv. 1850. Sirey, 51, 2, 4. — Douai, 10 fév. 1853. Sirey, 53, 2, 305.

des deniers prêtés entre les mains de l'emprunteur, sans que, au préalable, un acte ait été passé devant notaires, constatant le prêt et sa destination. Mais, plus tard, il est dressé acte authentique de l'emprunt, avec déclaration que la somme a été empruntée pour faire tel payement. Ces premiers éléments de l'opération sont-ils d'une irrégularité telle que, quoi qu'il arrive, toute subrogation soit désormais impossible? C'est là une question d'espèces.

En voici d'abord une jugée par la Cour de cassation.

Acte est passé, constatant que la somme de... a été empruntée de tel..., laquelle somme a été remise à l'emprunteur, tant aujourd'hui que précédemment, en vue et en arrière du notaire. Dans le même acte, intervient un créancier de l'emprunteur, qui donne quittance, en déclarant que les deniers par lui reçus viennent de tel prêteur. Arrêt de la Cour de cassation (1), qui déclare la subrogation non valable, parce que l'acte d'emprunt ne dit pas quelle somme a été précédemment remise à l'emprunteur, ni quelle somme a été comptée en vue du notaire au moment où il était passé; parce qu'il ne fixe aucune époque des payements antérieurs; parce qu'il n'indique même aucune destination aux sommes prêtées; qu'il y a ainsi une partie de l'emprunt, et encore une partie inconnue, sans destination connue, laquelle destination ne pourrait résulter de son emploi immédiat, isolé de toute déclaration antérieure.

On voit qu'ici le point capital, décisif, était l'absence de toute déclaration de destination pour partie inconnue de l'emprunt, c'est-à-dire, vu le doute, pour la totalité de l'emprunt.

Modifions donc l'espèce en ce point. Supposons que l'acte authentique d'emprunt, tout en déclarant que les sommes prêtées ont été remises à l'emprunteur, tant aujourd'hui que précédemment, constate qu'elles l'ont toutes été pour faire

(1) 19 avril 1831. Sirey, 31, 1, 432.

le payement. Faudra-t-il dire encore que la subrogation n'est pas valable?

Deux points nous paraissent tellement certains, que nous devons commencer par les éliminer. Si l'acte établissait quelle quotité a été comptée précédemment, et quelle quotité l'a été en dernier lieu, nul doute que la subrogation ne fût bien venue pour cette quotité.

D'autre part, si la partie de l'emprunt remise précédemment au débiteur l'avait été sans destination, comme ce défaut de destination rend, pour cette partie du moins, la subrogation impossible, les tiers intéressés pourraient, nonobstant les déclarations contenues dans l'acte postérieur, attaquer la subrogation comme frauduleuse. Voilà pourquoi nous supposons que le prêt a toujours été destiné à effectuer le payement, et que l'acte postérieur qui le constate ne fait qu'établir la vérité.

Ces faits posés, nous disons que la subrogation est valable. Nous avons, en effet, tout ce qu'exige l'article 1250 : acte d'emprunt constatant la destination, et quittance constatant l'emploi. Qu'importe que la remise des deniers prêtés, entre les mains du débiteur, ait eu lieu pour tout ou partie avant la rédaction de l'acte authentique qui établit le prêt? La loi n'exige pas que la somme prêtée soit remise à l'emprunteur précisément au moment de l'acte, et non à une époque antérieure. Elle ne défend pas, sous peine de nullité de la subrogation, au prêteur de suivre la foi de l'emprunteur, et de lui remettre la somme prêtée avant la passation d'un acte par-devant notaires. Ce qu'elle veut, c'est s'assurer de la vérité de la destination et de la réalité de l'emploi, par la double déclaration contenue dans l'acte d'emprunt et dans l'acte de quittance. Exiger davantage, c'est ajouter aux dispositions de l'article 1250.

La remise antérieure n'est qu'un fait matériel qui, par lui-même, ne saurait exclure toute pensée, toute stipulation d'une destination convenue. Voilà, cependant, ce qu'il faudrait éta-

blir avant de prétendre que la subrogation est nulle. Si donc il intervient, plus tard, un acte en bonne forme qui, en constatant le prêt, donne, en toute sincérité, au fait matériel de versement antérieur des deniers prêtés, son caractère réel et son intention véritable, nous ne voyons pas ce qu'on pourrait exiger de plus.

Que l'on veuille songer ensuite qu'en fait, la simultanéité tout au moins de l'acte et de la réalisation du prêt est une chose qui ne se fait guère dans la pratique. Lorsque, le plus souvent, s'en rapportant à la bonne foi de l'emprunteur, il veut bien lui confier l'emploi des deniers, le prêteur commence par les lui remettre sur simple reçu, sauf à passer acte devant notaires à une époque ultérieure. Le plus souvent même, rendez-vous commun est donné par eux à l'ancien créancier, afin de passer, d'un seul contexte, et l'acte d'emprunt et la quittance. Quelle logique pousserait la rigueur jusqu'à ne pas tenir compte des circonstances, du temps qui s'est écoulé entre la remise des deniers et la passation de l'acte, de l'éloignement des parties de toute étude de notaire, des difficultés de leur rapprochement, des discussions préalables qui ont pu s'élever et qu'il aura fallu aplanir? Il serait impossible de ne pas prendre ces faits en sérieuse considération. C'est que, en effet, la question est toute de sincérité et de bonne foi. Est-il vrai que les deniers prêtés ont reçu une destination, et servi à l'emploi convenu? Voilà le véritable point de vue auquel il convient de se placer, sans se préoccuper du versement des deniers antérieur à la passation de l'acte, autrement que pour apprécier les circonstances comme indices de la bonne foi ou de la fraude de l'opération.

C'est, au surplus, ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de cassation (1). Il décide que la subrogation peut être valable, bien que l'acte d'emprunt et la quittance constatent que les

(1) 15 fév. 1832. Sirey, 32. 1, 792. — *Conf.* Cass., 14 février 1865. Sirey, 65, 1, 190.

sommes avaient été remises auparavant à l'emprunteur, s'il est certain que l'emprunt a été fait pour servir, et a effectivement servi au payement. Voici le fait : Trois mille francs sont prêtés le 31 mars, avec convention expresse qu'ils serviront à désintéresser tel créancier de l'emprunteur. Le 26 avril suivant, acte est passé devant notaires, qui constate l'emprunt et sa destination. Dans le même acte, intervention du créancier qui donne quittance, avec déclaration que les deniers proviennent du prêteur, présent à l'acte, et auquel il concède même subrogation. Il fut décidé que la subrogation était régulière, parce qu'il résultait du même acte, commun à toutes les parties, que la somme avait été empruntée pour être employée au remboursement, et que le payement avait été effectué au même instant, suivant les exigences du § 2 de l'article 1250 (1).

Quelques arrêtistes (2) ont prétendu que cet arrêt du 15 février 1832 était en contradiction avec celui du 19 avril 1831. Cette prétendue contradiction s'efface devant la différence des faits. Dans l'espèce jugée en 1831, outre la remise des deniers prêtés effectuée antérieurement à l'acte authentique, il y avait silence absolu sur la destination de la somme empruntée, au moins pour la partie indéterminée et inconnue de l'emprunt qui avait été remise auparavant au débiteur. Et l'arrêt est exclusivement fondé sur ce motif. Au contraire, dans l'espèce jugée en 1832, il y avait certitude sur la destination et l'emploi des deniers, aussi bien que sur la date de leur remise entre les mains de l'emprunteur.

Autre espèce : Après avoir obtenu sa séparation de biens, la dame Cagnat fait liquider ses reprises, montant à treize mille six cent cinq francs. A la suite de l'acte de liquidation, il est énoncé que cette somme a été payée par le mari, hors la vue du notaire et des témoins. Il y est dit cependant que les

(1) Les annotateurs de M. Zachariæ, MM. Aubry et Rau, critiquent cependant cette décision, t. 2, p. 375, nte 16, 1re édit.

(2) Voy. Dalloz, 1832, 1, 194.

deniers ont été fournis par tel, en vue d'obtenir subrogation à l'hypothèque légale de la créancière; enfin, le tuteur de la dame Cagnat déclare surabondamment consentir subrogation au profit du prêteur présent à l'acte. Celui-ci ne pouvait invoquer cette subrogation consentie par le créancier, par la raison que ce n'était pas lui qui avait payé, mais bien le mari son emprunteur (1). Il chercha donc à se prévaloir de la subrogation par prêt. Accueillies par le tribunal de Gien, ses prétentions furent repoussées par la Cour royale d'Orléans, parce que, au moment où le prêt et le payement avaient été réalisés, rien n'avait constaté qu'ils eussent eu lieu avec mention de la destination et de l'emploi; que, dès lors, ce payement fait hors la vue du notaire, avait éteint purement et simplement la créance, dont la résurrection était devenue impossible. Et la Cour de cassation, enchaînée par l'interprétation donnée à l'acte par la Cour royale, rejeta le pourvoi (2).

Supposons que la Cour d'Orléans eût autrement interprété l'acte, qu'elle eût décidé, en fait, que la subrogation avait toujours été dans l'intention des parties, que les deniers avaient été prêtés pour servir, et avaient réellement servi au payement; nous pensons que la Cour suprême eût également rejeté le pourvoi. C'était, en effet, identiquement l'espèce précédente, sous un premier rapport, en ce sens que le prêt avait été réalisé avant l'acte authentique qui le constatait, mais dans l'intention constante d'obtenir la subrogation.

D'autre part, il est vrai que le payement avait eu lieu à une époque antérieure à la rédaction de la quittance qui complète la subrogation. Mais la simultanéité des actes et des faits qu'ils ont pour but de constater, n'est nullement exigée par la loi. Il est tout naturel, au contraire, que le fait précède sa constatation. Ainsi, l'opération matérielle du payement, comme celle

(1) Voy. *suprà*, n° 7.
(2) Cass., 28 janv. 1845. Sirey, 45, 1, 456. — Rouen, 21 mai 1852. Sirey, 53, 2, 160.

du prêt, doit précéder, par la force même des choses, l'acte d'emprunt et la quittance. L'intervalle qui les sépare peut être plus ou moins long, suivant les circonstances, sans que sous ce seul prétexte on puisse arguer la subrogation de nullité. La loi n'en détermine point, et n'a pu en déterminer la mesure. Elle n'en fait pas une question irritante de temps, mais seulement une question de sincérité et de bonne foi. Les juges ne peuvent donc le prendre en considération, que comme simple présomption d'une fraude qui aurait eu pour objet de faire revivre une créance soldée et définitivement éteinte, en vue d'une subrogation dénuée des conditions voulues par l'article 1250, § 2.

79. Quoi qu'il en soit, si l'acte d'emprunt est tellement irrégulier qu'il ne puisse servir de premier élément à une subrogation consentie par le débiteur, soit parce que l'acte n'est pas dans la forme voulue, soit parce qu'il ne constate pas la destination des fonds prêtés, soit parce que les deniers ont été remis antérieurement au débiteur sans destination expressément convenue, ou avec une destination équivoque, si ces irrégularités sont un obstacle à la subrogation par prêt, elles n'en sont pas un invincible à la subrogation par payement. Comme prêteur, le nouveau créancier ne peut obtenir la subrogation de son débiteur ; mais, comme tiers payant, il n'en est pas moins encore à même de l'obtenir du créancier qu'il désintéresse. Et voici comment il devra s'y prendre.

Si les fonds prêtés n'ont pas été remis par lui entre les mains du débiteur, il peut aller vers l'ancien créancier, le payer avec ces mêmes deniers restés dans ses mains, et se faire consentir subrogation en même temps que le payement est effectué. Si le débiteur y a donné lui-même son consentement, le prêt est dès lors non avenu ; il n'y a jamais eu de prêteur, il y a eu seulement un tiers payant en l'acquit du débiteur, avec stipulation de subrogation.

Nous avons supposé que le débiteur à qui le montant du

prêt n'avait pas encore été remis, avait consenti lui-même à considérer ce prêt comme non avenu. Ce n'est pas, cependant qu'il puisse empêcher le créancier de subroger à ses droits qui bon lui semble, puisqu'il peut, par droit de propriété, céder, transporter sa créance. Mais si le débiteur n'avait pas consenti à annuler les obligations du prêteur à son égard, bien qu'il ne puisse s'opposer à ce que le créancier le subroge, il lui resterait encore le droit, mais il lui resterait seul, de contraindre le prêteur à réaliser le prêt entre ses mains, nonobstant tout payement effectué par lui avec subrogation, et seulement sauf compensation, s'il y avait lieu.

Exemple : Je m'oblige à vous prêter mille francs; l'acte est trop irrégulier pour que je puisse arriver à la subrogation par prêt. Je me retourne vers la subrogation par quittance. Je paye donc, avec ces mêmes mille francs que j'ai promis de vous prêter, Pierre, l'un de vos créanciers, pour égale ou plus forte somme, et je me fais consentir subrogation dans la quittance. Si vous y avez consenti, le prêt se trouve annulé, non avenu. Que si, au contraire, vous n'y avez pas donné votre consentement, bien que vous ne puissiez pas empêcher la subrogation que Pierre a consentie en ma faveur, vous aurez le droit de me contraindre à verser dans vos mains les mille francs que j'ai promis de vous prêter. Mais alors je pourrai moi-même compenser les mille francs que je vous dois, à titre de promesse de prêt, avec la créance que j'ai contre vous en ma qualité de subrogé, pourvu que les conditions de la compensation existent, notamment, que les deux dettes soient également exigibles. Cette compensation se réduit à ceci : je réalise mon prêt en ne vous demandant pas ce que vous me devez en ma qualité de subrogé; et, de votre côté, vous me payez la créance à laquelle j'ai été subrogé contre vous, en ne me demandant pas ce que je vous dois à titre de promesse de prêt.

Or voici l'intérêt facile à comprendre que j'ai à ce que vous consentiez à annuler cette promesse de prêt. Si vous y con-

sentez, je suis purement et simplement subrogé aux droits de Pierre. Ce sont ses droits que j'exerce contre vous. Si, au contraire, vous n'y avez pas consenti, toute compensation opérée entre nous, je n'ai contre vous d'autre créance que celle résultant de l'emprunt. Et tout de même que vous êtes intéressé à n'avoir qu'une dette chirographaire, je suis intéressé à ne pas avoir une créance de cette nature. Voilà donc, en supposant que le prêt ne contienne aucune stipulation des garanties accessoires qui assurent la créance, objet de la subrogation, voilà donc à la fois mon intérêt à l'annulation de l'emprunt, et votre intérêt à son maintien.

80. Supposons maintenant que les deniers prêtés aient été remis au débiteur. Le prêteur pourra toujours s'accorder avec lui pour que les fonds lui soient rendus et que le prêt soit annulé, afin qu'il puisse payer lui-même l'ancien créancier, et se faire consentir subrogation, comme tiers payant en l'acquit du débiteur. Cette annulation du prêt, indépendamment de toute convention expresse, résulte même tacitement de la restitution des deniers prêtés qui n'en est, au pis-aller, que le remboursement anticipé. Ainsi, le prêteur, l'emprunteur et le créancier figurent dans le même acte; l'emprunteur repasse les deniers au prêteur qui paye et se fait subroger. Dès lors l'emprunt est annulé, et la subrogation par quittance bien venue. De quoi se plaindraient les tiers? Est-ce que l'emprunteur ne peut pas rembourser quand il lui plaît? Fait-il donc autre chose que de rendre au prêteur les deniers prêtés? Et ce dernier ne peut-il pas obtenir la subrogation du créancier qu'il paye, malgré les tiers, puisqu'elle est sans préjudice à leur égard? Il aurait pu certainement se faire subroger en laissant de côté le prêt antérieur, que le débiteur pouvait librement et par anticipation lui rembourser plus tard. Qu'importe donc l'ordre successif ou la simultanéité des faits?

En poursuivant la pensée de l'annulation et du remboursement du prêt antérieur, nous arrivons à cette autre combi-

naison réparatrice : L'emprunteur restitue les deniers prêtés, au prêteur, qui, par un autre acte, les lui prête de nouveau avec mention régulière de leur destination. Cet acte pourra servir de point de départ à la subrogation, et il suffira de constater dans la quittance authentique que les deniers ont été fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation par prêt ne saurait être arguée de fraude, car elle est fondée sur deux actes réguliers et sincères, par suite de la novation apportée au premier acte d'emprunt (1).

81. Nous avons déjà dit et répété que les formalités prescrites par le deuxième paragraphe de l'article 1250, avaient pour but d'établir la suite des deniers, et de s'assurer de la réalité de l'emploi. Mais faut-il que les deniers prêtés, et ceux qui ont servi au payement soient spécifiquement les mêmes? Nous ne le pensons point. Ce que la loi a voulu éviter, ce sont les transformations successives, les circuits obscurs par lesquels auraient pu passer les deniers prêtés, sans qu'il eût été possible de les suivre de l'œil et de la main, à partir de leur destination jusqu'à leur emploi. Ce n'est pas que, littéralement, ils n'aient pu servir à opérer le payement. Mais ils n'y ont pas servi d'une manière directe, visible et palpable. Il n'est pas vrai que le payement ait été fait des deniers prêtés, alors que, perdus dans une circulation qui les consomme, emportés par un mouvement d'affaires qui les dénature, ils ont cessé d'être reconnaissables. Les deniers qui rentrent dans les mains de l'emprunteur, non-seulement ne sont plus ceux empruntés, mais encore sont réputés ne pas en provenir. L'industrie et le travail personnel s'en sont emparés, et, dans cette combinaison d'éléments divers, quelle part faire à l'homme, quelle part faire à la matière, surtout après ses transformations successives? Aussi, doivent-ils servir au payement, non par ce qu'ils ont produit, mais par ce qu'ils sont.

(1) Voy. Mourlon, p. 285 et suiv. — Gauthier, nº 164.

Mais il n'en faut point conclure que les deniers payés et les deniers empruntés doivent être, à peine de nullité de la subrogation, identiquement et spécifiquement les mêmes. Il leur suffit d'une identité morale telle qu'il convient aux choses fongibles, pourvu, toutefois, que cette identité soit assurée par l'absence de toute mise en circulation, de toute dénaturation. Que la somme empruntée soit versée, par exemple, dans une caisse qui déjà renferme d'autres espèces; puis, que le débiteur prenne dans cette caisse confusément la même somme pour payer l'ancien créancier. Dira-t-on que la subrogation n'est pas valable, sous prétexte que, si la chose est identique en valeur, rien n'établit qu'elle le soit en espèce? Ce serait pousser trop loin la rigueur de la loi. Le bon sens condamne cet excès de sévérité. N'est-il pas vrai, en effet, que la somme prêtée a servi au payement, puisque sans elle la caisse n'aurait pas eu de quoi fournir au payement effectué, ou du moins, aurait contenu une somme moindre? N'est-il pas vrai, dès lors, que le payement a été fait des deniers prêtés, dans le sens équitable et vrai qu'il convient d'attacher aux termes de la loi?

Que serait-ce donc, si les fonds avaient été déposés dans la caisse d'un notaire, d'un tiers qui les aurait tenus, confondus avec d'autres, à la disposition des parties? Quelque certitude qu'on eût que le prêt a servi au payement, faudrait-il dire que la subrogation est nulle, parce que l'identité des pièces de monnaie n'est pas spécifiquement démontrée? Voilà jusqu'où il faudrait aller. Le bon sens n'y suivra jamais la logique.

J'emprunte cent mille francs en province, pour payer égale somme à Paris : faudra-t-il que, pour conserver l'exacte identité des deniers prêtés, j'emporte avec moi ces cent mille francs? Nous croyons encore que ce serait exagérer le sens de l'article 1250. Nous pensons que le vœu de la loi sera suffisamment rempli, si, avec les cent mille francs prêtés en espèces, je me procure des valeurs sur Paris, que je fais rembourser ensuite à Paris, et avec le montant desquelles je

paye mon ancien créancier. On ne saurait contester, en effet, que le payement ait eu lieu au moyen des deniers prêtés, malgré leur conversion en valeurs négociables, alors que cette conversion et cette négociation n'ont eu lieu que pour la plus grande facilité et la meilleure consommation du payement. S'il fallait astreindre l'emprunteur à conserver la somme prêtée jusqu'au payement, comme un dépôt inaltérable, ce serait rendre, dans une infinité de cas, la subrogation impossible.

Nous en disons autant du cas où le prêteur m'aurait fourni la somme prêtée en valeurs, billets de banque ou autres, que je n'aurais négociés ou fait rembourser qu'à l'effet de me procurer les fonds nécessaires au payement. Ce tempérament à la rigueur apparente de la loi nous paraît commandé par l'intérêt des transactions sociales.

Tel serait encore le cas où, empruntant à l'étranger une somme comptée en monnaies n'ayant point cours légal en France, je les fais changer, afin de payer mon ancien créancier, en espèces légales. Ici encore, le payement est fait des deniers prêtés.

82. Bien que le § 2 de l'article 1250 se serve des expressions *somme*, *deniers*, il ne s'applique pas exclusivement au cas où il s'agit d'une dette purement d'argent. Il reçoit encore son application, alors que la dette consiste en choses fongibles, pouvant servir d'objet à un prêt de consommation (1892). Le terme *deniers* n'est pris dans l'article 1250 que comme expression servant à désigner, sans exclusion des autres, la chose fongible par excellence, l'argent. Ce qui le démontre, c'est le mot *emprunt*, dont le sens plus étendu implique toutes les choses qui peuvent faire la matière d'un prêt de consommation.

83. Mais, s'il s'agissait d'une dette consistant en un corps certain et déterminé, ce ne pourrait être au moyen de la subrogation dont nous nous occupons ici qu'un tiers se mettrait au

lieu et place du créancier. Il ne saurait être, en effet, question de prêt dans une pareille hypothèse; et si un tiers prenait la place du créancier, ce ne serait, dans tous les cas, qu'en vertu d'une autre opération juridique et à la suite de conventions différentes, par exemple une vente, un échange ou tout autre contrat.

84. Nous avons vu que dans la subrogation par prêt, tantôt le prêteur gardait la somme prêtée par devers lui pour être mieux assuré de l'accomplissement de sa destination, et que tantôt l'emprunteur en était mis en possession, pour qu'il en fît lui-même plus tard l'emploi convenu. Il paraît même que, dans le principe, les jurisconsultes romains éprouvèrent quelques scrupules, et se demandèrent s'il était bien régulier de confier à la personnne de l'emprunteur l'emploi des deniers prêtés. Par indulgence, *benignè,* ils finirent par reconnaître que rien ne s'opposait à ce que l'emprunteur fût chargé d'effectuer lui-même le payement, au moyen des deniers prêtés et remis dans ses mains (1).

Cependant, le débiteur en possession de la somme empruntée peut ne pas payer de suite l'ancien créancier. Plus il différera le remboursement, plus forte s'élèvera la présomption qu'il a employé les deniers prêtés à son usage, à des spéculations particulières, ou qu'il s'en est servi pour désintéresser des créanciers plus pressants. Dès lors, la subrogation ne peut avoir lieu; car on cesse d'avoir la certitude que le remboursement de l'ancien créancier a été fait précisément des deniers prêtés. Et c'est là le principe, la condition essentielle de la subrogation par prêt. Toutes parties intéressées pourront donc se prévaloir de la nullité de la subrogation, à raison du longtemps qui s'est écoulé entre l'emprunt et le payement. Aussi, la loi romaine (2) disait-elle de la régularité du payement

(1) L. 24, § 3, *ff. De reb. auct. jud. poss.*
(2) L. 24, § 3, *ff. De reb. auct. jud. poss.*

effectué par l'emprunteur, *quod quidem potest benignè dici, si modo non post aliquod intervallum id factum sit.*

Quel est cet *aliquod intervallum*, au delà duquel le payement est réputé tardif? Le droit romain, ne le disant pas, laissait la question soumise à l'appréciation des circonstances. Notre ancienne jurisprudence n'avait elle-même aucune uniformité sur ce point, preuve que pour elle aussi c'était une question de fait. Ainsi, les uns pensaient que jusqu'au lendemain n'était pas un délai trop long (1). Catelan rapporte un arrêt du 2 mai 1678, qui l'a jugé ainsi (2). Renusson (3) voulait que le payement eût lieu le jour même de l'emprunt. Au parlement de Bordeaux, le payement devait être fait dans les trois jours (4), et Bretonnier (5) ajoute que, dans le droit, un petit intervalle est de trois jours. Louet (6) rapporte un arrêt du parlement de Paris, qui a jugé valable une subrogation, quoique le payement eût été fait longtemps après l'emprunt. D'autres, enfin, pensaient qu'il n'y avait qu'à consulter les circonstances, et à se déterminer par elles en faveur de la subrogation, lorsqu'elles faisaient présumer la bonne foi et justifiaient de la réalité du fait (7). Telle était notamment l'opinion de Domat, et il ajoute que le *si modo non post aliquod intervallum* « se rapporte à l'usage du droit romain, où souvent les conventions ne s'écrivaient point. Ainsi, l'intervalle pouvait faire perdre la preuve de l'emploi des deniers (8). »

Tel est le seul parti convenable à suivre sous l'empire du Code civil. Comme il ne dit pas que le payement doive suivre immédiatement l'emprunt ou à un, à deux, à trois jours d'in-

(1) Bacquet, *Des droits de justice*, ch. 21, n° 241.
(2) Liv. 5, ch. 29.
(3) *Subrogation*, ch. 11, n° 12.
(4) Lapeyrère, lettre S, n° 52.
(5) V° *Subrogation*, t. 2, p. 277.
(6) Lettre H, n° 21.
(7) Soulatges, *Hyp.*, p. 200.
(8) *Lois civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 6, n° 5.

tervalle; comme il ne détermine enfin aucun délai de rigueur, passé lequel la fraude se présume de plein droit, il s'en est naturellement rapporté à l'appréciation souveraine des tribunaux concernant les circonstances. Peu importe donc, en droit, que le payement ait eu lieu un peu plus tôt ou un peu plus tard; il suffit que ce retard puisse s'expliquer par les circonstances, et qu'en fait il n'y ait aucune suspicion de fraude et de mauvaise foi (1).

85. Mais si la longueur de l'intervalle qui sépare le payement de l'emprunt n'est plus par elle-même une présomption de droit de subrogation frauduleuse, la brièveté du même intervalle n'est pas non plus une présomption de bonne foi, *juris et de jure*. Les parties intéressées peuvent toujours critiquer la subrogation, en offrant de prouver que ce ne sont pas les deniers prêtés qui ont servi au payement, et que, conséquemment, la subrogation n'a pas de base légale.

86. Ils n'ont même pas besoin de s'inscrire en faux contre l'acte du notaire, pour être admis à établir la non sincérité de la mention d'emploi. Car le notaire, simple rapporteur de la déclaration des parties, ne donne pas à cette mention le caractère de l'authenticité. Elle n'a, après tout, de valeur que comme simple déclaration des contractants, et c'est à ce titre qu'elle peut être immédiatement attaquée par toute sorte de preuves.

87. Voyons maintenant au fond quelques-uns des effets de cette subrogation. C'était d'elle surtout que les anciens interprètes disaient qu'elle ne transférait point au nouveau créancier l'ancienne créance identiquement, mais seulement

(1) TOULLIER, t. 7, n° 132. — MERLIN, Rép., v^is *Subrogation de personne*, sect. 8, n° 8, § 2. — DURANTON, t. 12, n° 136. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 375, n^te 19, 1re édit., et t. 4, p. 179, n^te 40, 4e édit. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 232. — GAUTHIER, n°s 171 et 172. — Orléans, 3 avril 1851. SIREY, 51, 2, 555. — Cass., 16 mars 1852. SIREY, 52, 1, 636. — Orléans, 12 juill. 1854. SIREY, 54, 2, 561.

une créance semblable : *Succedit in ipsum jus primi, saltem in jus simile et æque potens* (1); *secundus creditor succedit... in locum primi, id est in ordinem hypothecæ* (2); il succède au droit de l'ancien créancier, ou plutôt il acquiert un droit semblable et de même force; il prend la place du premier, c'est-à-dire son rang hypothécaire.

Nous ne reviendrons ici qu'en peu de mots sur cette question d'identité pure ou de simple similitude de créance. Nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut (3). Aussi bien est-elle plus théorique que pratique. Nous ferons seulement remarquer que les mêmes interprètes, pour justifier cette subrogation par le fait du débiteur, malgré le créancier, sans son concours, à l'insu même des autres créanciers intéressés à ce qu'elle n'ait point lieu, sont obligés de démontrer que le débiteur ne crée pas une nouvelle dette, qu'il ne fait que se donner un autre créancier. Or, s'il n'y a pas de nouvelle dette créée, l'ancienne subsiste; il n'est donc pas vrai que ce ne soit pas absolument la même dette. Veut-on dire qu'il n'y a pas de dette nouvelle, en ce sens seulement qu'elle cadre exactement et se confond avec l'ancienne? Mais alors on est obligé d'effacer, par une fiction, la nouvelle dette, pour la couvrir de l'ancienne. Fiction pour fiction, ne vaut-il pas mieux dire que c'est identiquement l'ancienne dette qui subsiste, et qui est maintenue par la subrogation, dont le but même a été de ne point l'éteindre.

Ce qui semble avoir déterminé les anciens interprètes à soutenir que la subrogation se faisait à l'hypothèque, et non à la créance, c'est qu'il fallait stipuler de nouveau l'hypothèque, *ut eadem res pignori esset.* Voilà le principe de leur opinion. Ils ne pouvaient se décider à faire abstraction de cette

(1) DUMOULIN, *De usuris*, n° 276.

(2) LOYSEAU, *Des offices*, liv. 3, ch. 8, n° 80. — BASNAGE, *Hyp.*, ch. 15, p. 357. — *Contrà*, POTHIER, Orléans, tit. 20, n° 80.

(3) N° 25.

stipulation. Mais aujourd'hui qu'elle n'est plus exigée, que la subrogation résulte toute seule de la double mention de la destination et de l'emploi des deniers prêtés, pourquoi persister à soutenir, sans raison plausible, une opinion qui pouvait tout au plus dans son temps, s'appuyer sur les subtilités du droit romain?

88. Ce n'est pas, cependant, que cette ancienne dette ne puisse recevoir aucune modification, aucun changement. La combinaison de l'emprunt et du payement, qui amène la subrogation au profit du nouveau créancier, en rapprochant la créance du prêt, substitue, en quelque sorte, à l'ancienne créance la nouvelle créance résultant du prêt. Il est clair que cette substitution d'une dette à l'autre ne peut se faire d'une façon préjudiciable aux autres créanciers. Ce serait contraire à la nature et au principe même de la subrogation. Ainsi, que le prêteur stipule que la somme prêtée sera productive d'intérêts, alors que la créance qu'il s'agit de payer n'en produit aucun; cette stipulation d'intérêts n'aura aucun effet contre les autres créanciers. Le nouveau créancier ne peut acquérir par la subrogation des droits plus étendus que ceux de l'ancien créancier; car il ne pourrait les avoir qu'au préjudice des tiers (1).

Mais, supposons que l'ancienne créance produise des intérêts, tandis que la somme prêtée n'en produit pas. La subrogation, n'aura d'effet que dans la mesure du prêt.

Il n'en faut point pourtant conclure qu'il faille absolument stipuler des intérêts dans l'acte d'emprunt. La subrogation qu'il annonce indique par elle-même l'intention d'ajouter au prêt les stipulations accessoires d'intérêts qui se trouvaient dans l'ancienne créance.

D'où il suit que si l'emprunteur, par négligence ou fraude, n'a point réalisé la subrogation, le prêteur qui n'a point

(1) GAUTHIER, nos 184 et 185.

expressément stipulé d'intérêts, tandis que l'ancienne créance en produit, peut, néanmoins, exiger le payement d'intérêts de plein droit, puisque la promesse de subrogation équivaut à une stipulation d'intérêts à son profit (1).

Que si l'ancienne dette produisait des intérêts à dix pour cent, le prêteur subrogé ne pourrait les exiger qu'au taux légal au moment du prêt. C'est que, avant tout, il est prêteur, et que la loi actuelle préside aux conditions de l'emprunt (2).

L'ancienne dette est de deux mille francs; le prêt est de quinze cents francs, et l'ancien créancier, moyennant cette somme, donne quittance finale. Le prêteur n'est subrogé que jusqu'à concurrence de quinze cents francs (3). C'est le débiteur quittancé qui profite de cette remise, à moins de clause contraire.

Par application de ces principes, la loi du 11 brumaire an VI soumettait le prêteur subrogé qui avait prêté une somme en papier-monnaie, à l'échelle de réduction, quant au capital emprunté.

Ces diverses solutions sont toutes fondées sur ce principe, posé par Dumoulin (4), que cette subrogation, *transfusio unius creditoris in alium,* se fait aux mêmes ou à de meilleures conditions, *eâdem vel mitiori conditione,* toujours dans la mesure du prêt qui lui sert de base.

Que l'on ne dise point que ces changements de conditions que nous venons de signaler opèrent novation, et prouvent ainsi que ce n'est pas l'ancienne dette qui subsiste, mais seulement une dette nouvelle, *similis et æquè potens,* qui en a pris la place. Non, c'est bien l'ancienne créance, mais modifiée sans novation. Car une adjonction, une mutation de personne, une acceptation de gage, une augmentation, une diminution de la

(1) Toullier, t. 7, nº 165.

(2) Toullier, t. 7, nº 137. — Duranton, t. 12, nº 138. — Delvincourt, t. 2, p. 773. — *Contrà,* Gauthier, nºs 59 et 180.

(3) Toullier, *ibid.*

(4) *De usuris,* nº 276.

somme, l'accession d'une condition ou d'un terme, ou leur distraction, tout cela ne produit pas novation (1).

Si donc la dette est commerciale, elle conserve ce caractère, malgré la subrogation, ou plutôt à cause d'elle, soit quant au taux des intérêts, soit quant à l'exercice de la contrainte par corps avant son abrogation.

89. Mais si le nouveau créancier, en tant que subrogé, ne peut se prévaloir de l'ancienne créance que dans son exacte mesure au plus, à l'égard des autres créanciers, il n'en est pas moins vrai que, comme prêteur, il peut faire valoir contre le débiteur et à l'encontre des créanciers eux-mêmes, les droits qu'il a stipulés en plus dans l'acte d'emprunt. Il a, en effet, des droits spéciaux et une action particulière résultant de son prêt. Et ce concours d'actions et de droits divers est une double garantie en faveur du créancier subrogé.

En tant qu'elle a pour effet de mettre le subrogé aux lieu et place du créancier, et de lui transférer identiquement l'ancienne créance, la subrogation par prêt produit les mêmes effets que la subrogation par quittance. Il n'est pas toujours vrai, cependant, qu'elle ait pour résultat d'opérer immédiatement cette pleine et entière substitution d'une personne à une autre, et d'enlever d'une manière absolue et définitive à l'emprunteur l'exercice des actions et droits faisant le sujet de la subrogation. C'est ce qui arrive, lorsqu'il résulte des expressions ou des circonstances de l'acte d'emprunt, que l'emprunteur n'a entendu consentir de subrogation au profit du prêteur qu'avec certaines réserves, à titre de garantie, et pour assurer seulement le remboursement du prêt.

Par exemple, un acquéreur qui n'a pas payé son prix revend tout ou partie de la chose. Le vendeur poursuit la résolution. Le sous-acquéreur, pour écarter l'action résolutoire et conserver la propriété, emprunte d'un tiers de manière à lui assurer,

(1) L. 8, C. *De nov. et deleg.*

conformément au second paragraphe de l'article 1250, le bénéfice de la subrogation aux droits du vendeur désintéressé. Il est ensuite poursuivi par les créanciers hypothécaires du chef de l'acquéreur. Ainsi troublé dans sa possession et propriété, il intente, comme subrogé aux droits du vendeur, l'action résolutoire pour défaut de payement, afin de conserver la chose au meilleur titre possible, et de suppléer l'inefficacité de sa vente par une résolution qui, en le mettant aux lieu et place du vendeur primitif, fait tomber les poursuites hypothécaires. Ni l'acquéreur, ni les créanciers de celui-ci agissant en son nom, ne sont fondés à prétendre que l'action du sous-acquéreur est non recevable, par la raison qu'elle ne lui appartient plus et qu'elle a passé aux mains du tiers prêteur.

Que leur importe, en effet, que pour désintéresser le vendeur il ait été ou non forcé d'emprunter? Comme c'est lui qui, avec ses deniers, ou au moyen de l'engagement qu'il a contracté, a procuré la libération du débiteur envers son créancier, il ne cesse pas d'être régulièrement subrogé aux droits de ce dernier, quelle qu'ait été, d'ailleurs, l'origine des deniers qui ont servi à son remboursement. Que si une subrogation conventionnelle a été en même temps stipulée dans l'acte d'emprunt, au profit du prêteur, elle ne lui a été donnée qu'à titre de garantie éventuelle, par l'emprunteur qui reste effectivement subrogé, du moins à ceux des droits et actions dont il est censé s'être réservé l'exercice. Or, il ne peut être considéré comme ayant perdu le bénéfice de sa subrogation à l'action résolutoire, que dans le cas où il ne rembourserait pas le bailleur de fonds, suivant les termes de l'emprunt. Mais, jusqu'à l'événement de cette condition qui ouvre le droit du prêteur, l'action résultant de la subrogation continue de reposer sur sa tête, à l'égard du débiteur, sauf les droits de celui qui a fourni les deniers; de telle sorte que les défendeurs à l'action résolutoire ne font qu'exciper des droits d'un tiers.

90. De ce que la subrogation par prêt ne produit point une dette nouvelle, nous n'en conclûrons pas, néanmoins, avec M. Toullier (1), que le mineur, que le tuteur peuvent également la consentir. Car, avant tout, il faut emprunter, et ils ne peuvent le faire sans formalités (457).

Bien que cette nullité soit relative, et que le mineur seul puisse s'en prévaloir, ses autres créanciers seraient admis à se plaindre de la subrogation, sous prétexte que l'emprunt aurait eu lieu sans formalités. Nous ne voyons, sans doute, d'intérêt au mineur à l'attaquer, que tout autant que l'emprunt serait plus onéreux pour lui ; car l'emprunt, fût-il annulé, le prêteur aurait toujours l'action *de in rem verso*, mais sans garanties hypothécaires. Cependant, comme ses autres créanciers peuvent agir pour lui en son lieu et place (1166), et qu'ils peuvent avoir intérêt à faire annuler la subrogation, parce qu'elle maintient à leur préjudice les hypothèques de l'ancienne créance, préférable aux leurs, on ne saurait, quelque rigoureux qu'en soit l'exercice, leur dénier cette action en nullité de l'emprunt, et, par suite, de la subrogation. Le mieux est donc, dans ce cas, d'obtenir subrogation du créancier (2).

91. Que si la dette à laquelle le prêteur comptait être subrogé n'existait pas, et que l'ancien créancier eût reçu néanmoins payement, le nouveau créancier pourrait agir pour cause de prêt contre le prétendu débiteur. Il pourrait même agir contre celui qui a reçu en restitution de l'indû (3).

92. Le débiteur qui a consenti subrogation n'est point, sauf convention expresse, garant de l'existence, de la bonté et qualité des priviléges et hypothèques. Il consent subrogation en la créance, telle qu'elle est. Il n'est même pas, à proprement parler, garant de l'existence de la créance. Il n'en répond

(1) T. 7, n° 135. — Voy. encore Dumoulin, *De usuris*, n° 276.
(2) Voy. Gauthier, n° 153.
(3) *Suprà*, n° 35.

indirectement que comme emprunteur, ou comme coupable de quasi-délit.

93. Comme la subrogation consentie par le débiteur ne peut résulter que du concours de deux actes authentiques dans lesquels figurent le débiteur, le nouveau et l'ancien créancier, il est clair que le subrogé est saisi sans signification faite au débiteur, sans acceptation de sa part. Il a accepté d'avance la subrogation, puisqu'il n'a emprunté que pour y parvenir. Et c'est là une raison décisive, indépendamment du caractère particulier de la subrogation.

94. Examinons enfin une dernière question. Cette subrogation par prêt, le débiteur peut-il efficacement la consentir, quant aux hypothèques grevant des immeubles qui sont entre les mains de tiers détenteurs? Voici ce que décidait le droit romain (1) : Si le débiteur a vendu et livré la chose hypothéquée, si vous lui prêtez ensuite pour rembourser le créancier hypothécaire, et que vous stipuliez que la chose vendue vous sera hypothéquée; c'est comme si vous n'aviez rien fait du tout. Vous avez, en effet, accepté pour garantie la chose d'autrui. Cette chose était affranchie dans les mains de l'acquéreur, et peu importe qu'elle l'ait été au moyen d'un payement fait de vos deniers.

M. Toullier (2) pense que même décision doit être portée sous le Code civil, parce qu'il n'appartient pas au débiteur de conférer un droit nouveau sur la chose qu'il a vendue, et cela au préjudice du tiers détenteur.

Mais cela est-il bien vrai aujourd'hui? Peut-on dire qu'il y ait stipulation d'une hypothèque nouvelle? N'est-ce pas plutôt l'ancienne créance identiquement conservée par la subrogation? Que, dans la subtilité du droit romain, elle n'ait pas apparu avec ce caractère, on le comprend, puisque le créancier

(1) L. 2, *ff. De pign. act.*
(2) T. 7, n° 136.

prêteur devait stipuler en même temps la même hypothèque, *convenire ut eadem res pignori esset* (1); de telle sorte que la subrogation se compliquait toujours de cette convention nouvelle. Mais le Code civil n'exige point cette stipulation d'hypothèque. Emprunt et payement avec mention de la destination et de l'emploi des deniers prêtés, voilà tout ce qu'il demande. La subrogation s'accomplit d'elle-même, sans qu'il soit besoin de rien stipuler de nouveau, de prononcer même son nom. Or, de là cette conséquence, qu'il n'est plus exact de prétendre que la subrogation ne peut se faire aux hypothèques existantes sur les choses vendues par le débiteur, parce que cette subrogation impliquerait concession d'hypothèque nouvelle sur la chose d'autrui. Ceci n'est plus exact. L'ancienne dette est seulement maintenue; il n'y a pas autre chose.

Qu'importe alors aux autres créanciers ou aux tiers détenteurs, que ce soit tel ou tel qui entre en la place de l'ancien créancier? Leur position en est-elle aggravée? Pourquoi donc dénier au débiteur le droit et la faculté de substituer un créancier plus humain à un autre créancier plus dur, une créance avantageusement modifiée à une créance plus onéreuse?

Une dernière raison, également déterminante, c'est que nulle part la loi ne fait de distinction entre les effets des diverses subrogations. Incontestablement, la subrogation consentie par le créancier ne serait pas réduite aux seules hypothèques grevant les choses restées dans les mains du débiteur. N'est-il pas plus conforme aux règles d'une saine interprétation, et à l'intérêt de l'unité des principes d'en dire autant de la subrogation consentie par le débiteur (2)?

ARTICLE 1251.

La subrogation a lieu de plein droit : — 1° au profit de

(1) Voy. l. 3, *Aristo, ff. Quæ res pign. oblig. poss.*
(2) *Conf.*, DURANTON, t. 12, n° 137. — GAUTHIER, n° 151.

celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques; — 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué; — 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; — 4° au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

Sommaire.

1. Progrès du Code en ce point.
2. Principe de la subrogation légale.
3. Elle est de droit étroit.

§ 1.

4. Origine de cette subrogation.
5. Le créancier chirographaire y a droit comme le créancier hypothécaire.
6. Le créancier préférable n'y a pas droit,
7. Ni celui qui est sur une ligne égale. *Quid*, si le subrogeant a plusieurs créances? Comment la subrogation s'acquiert?
8. Il suffit que la même chose soit obligée envers les deux.
9. Le créancier doit être préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques. *Quid*, de l'antichrèse?
10. Le droit de poursuivre la résolution n'est pas une cause de préférence.
11. Concours d'hypothèques générales et spéciales. Conséquences.
12. Il suffit d'être créancier, n'importe la quotité de la créance, et de désintéresser le créancier antérieur.

§ 2.

13. Origine de cette subrogation.
14. Hypothèse et but de l'article 1251, n° 2.
15. Hypothèses où la subrogation est utile au détenteur subrogé.
16. Il faut un contrat sérieux, translatif de propriété.
17. Les créanciers doivent avoir hypothèque. Le détenteur doit les payer personnellement,

18. A moins que le prix remis au vendeur n'ait reçu expressément cette destination,
19. Laquelle, pas plus que l'emploi, n'a besoin d'être authentiquement constatée.
20. Quel temps peut alors s'écouler entre la remise et le payement?
21. L'acquéreur ne peut payer avant le contrat,
22. Ni après l'éviction.
23. Le tiers qui lui prête ne peut obtenir qu'une subrogation conventionnelle.
24. L'acquéreur peut-il, se payant, se subroger à lui-même?
25. Il est subrogé aux droits des créanciers payés même sur d'autres immeubles.
26. Il n'est tenu de payer que la dette hypothécaire qui grève l'immeuble qu'il détient. Conséquences.
27. Il est subrogé pour ce qu'il paye en sus de son prix,
28. Ou en dehors de son prix.
29. Il a recours, comme subrogé, envers les autres tiers détenteurs; pour combien? Controverse.
30. Dans la répartition, on ne peut compter la valeur des immeubles restés aux mains du vendeur.
31. L'article 1251, n° 2, s'applique à tout détenteur;
32. A l'échangiste;
33. Au donataire;
34. A la société;
35. Au légataire particulier;
36. Au cohéritier ou successeur à titre universel. Comment?
37. Suite.
38. Suite.
39. Suite. *Quid,* au cas où le cohéritier a été poursuivi comme légataire particulier par préciput?
40. De l'usufruitier, et du fermier suivant les cas.

§ 3.

41. Transition.
42. Il faut être coobligé.
43. Peu importe que la coobligation soit le résultat d'un engagement personnel ou réel.
44. De l'usufruitier universel, ou à titre universel, et du nu-propriétaire, quant au payement des dettes.
45. Coobligation personnelle. Innovation du Code civil.
46. La loi peut supposer une intention, pour en déduire un contrat tacite.
47. Le codébiteur solidaire n'a qu'un recours divisé.

§ 4.

COMMENTAIRE.

1. Après avoir traité de la subrogation conventionnelle, c'est-à-dire de celle qui ne s'opère que par le fait du débiteur ou du créancier, nous allons nous occuper d'une autre espèce de subrogation qui a lieu de plein droit. L'article 1249 nous l'avait déjà annoncée sous le nom de subrogation légale.

Les principes sur cette matière importante n'étaient pas fermement arrêtés avant la promulgation du Code. Quelques textes combinés du droit romain, des décisions d'arrêts en contradiction, des opinions d'auteurs en lutte, avaient été impuissants à fonder un corps de doctrine bien lié, une théorie logique et conséquente. Il y manquait cette unité, cette supériorité de vues, cette puissance de commandement qui ne se rencontrent que dans l'œuvre du législateur. Notre ancienne législation sur ce point méritait donc, tout au plus, d'être acceptée, en quelque sorte, sous bénéfice d'inventaire. Ce qu'elle avait de bon, le Code civil l'a conservé; ce qu'elle avait de mauvais, il l'a amélioré; ce qu'elle avait d'inconséquent, il l'a rectifié. Peut-être n'est-ce pas la perfection; mais c'est le progrès.

Nous ne commencerons point par montrer les réformes et les innovations introduites par la loi nouvelle. Elles seront plus à propos expliquées et mieux comprises, lorsque nous examinerons chaque cas particulier de subrogation légale.

2. Mais nous dirons tout d'abord que cette subrogation a son principe dans les circonstances favorables du payement.

Une faveur réelle, un intérêt marqué s'attachent, en effet, au payement opéré dans chacun des cas de subrogation légale posés dans l'article 1251. Voilà pourquoi la loi, de son autorité souveraine, concède au tiers qui effectue le payement une subrogation qui, d'ailleurs, ne cause aucun préjudice aux autres créanciers du débiteur.

3. Une observation qui domine toute cette matière, c'est que la subrogation légale est de droit étroit (1), comme toutes les concessions de faveur faites par la loi elle-même. Elle est, en effet, une dérogation au principe général suivant lequel l'acquisition d'un droit, par le moyen d'un acte conventionnel, ne s'opère régulièrement que par le concours des volontés de celui qui entend acquérir ce droit et de celui qui entend le transmettre. Il faut donc la restreindre aux cas limitativement exprimés. Si les juges, entraînés dans les voies de l'analogie, étendaient l'exception, hors de ses limites, à d'autres cas non prévus, cette extension serait une violation formelle de la loi. Il ne faut jamais perdre de vue ce principe, et nous aurons besoin de nous y rattacher sans cesse pour lutter contre les sollicitations de l'équité et les entraînements de l'analogie, dans l'examen auquel nous allons nous livrer des quatre cas exceptionnels de subrogation légale.

§ 1er.

4. La subrogation a lieu de plein droit 1° au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable, à raison de ses privilèges ou hypothèques (1251).

D'après le droit romain (2), le second créancier hypothécaire qui payait le créancier antérieur était subrogé à ses

(1) Toullier, t. 7, n° 139 — Duranton, t. 12, n° 180. — Zachariæ, t. 2, p. 376, nte 26, 1re édit., et t. 4, p. 185, 4e édit.
(2) L. 1, C. *Qui potior. in pign.*

droits. Mais cette subrogation tenait à des principes tout particuliers à cette législation. Le premier créancier hypothécaire était le seul qui fût en droit de poursuivre la vente de l'immeuble hypothéqué. Aussi les interprètes l'appellent-ils *potentior creditor*, le plus puissant créancier. Et cette qualification servait à exprimer non-seulement la priorité de son rang, mais encore la supériorité de son droit. Il n'aurait, dès lors, dépendu que de lui de paralyser, par son inaction, les créanciers postérieurs, si le droit romain, toujours attentif à corriger les abus qui pouvaient résulter d'un principe rigoureux et poussé dans ses dernières conséquences, n'avait concédé au second créancier la faculté de payer le premier créancier, avec subrogation à ses droits. Ce second créancier qui, suivant le président Favre (1), était censé n'avoir aucun droit tant que le droit du premier subsistait, confirmait son droit, *jus suum confirmabat* (2), en remboursant celui qui le primait. Que si ce dernier refusait les offres, l'autre avait le droit d'offrir. Et ces offres, régulièrement faites, tenaient lieu de payement avec subrogation (3).

Notre ancienne jurisprudence n'avait point admis ce droit exorbitant du premier créancier. Elle permettait à tout créancier indifféremment de poursuivre la vente de l'immeuble, en vertu de son droit propre et personnel. D'où certains auteurs concluaient (4) que cette subrogation n'existait pas en France, qu'il fallait une stipulation de subrogation, parce que la subrogation de plein droit n'existait à Rome que comme conséquence, comme correctif d'un droit rigoureux et spécial qui n'a jamais été reconnu chez nous.

Cependant, d'autres auteurs admettaient cette subrogation de plein droit, en faveur du créancier postérieur payant un

(1) *De err. pragm.*, liv. 1, ch. 1.

(2) L. 1 et 5, C. *Qui potior. in pign.*

(3) L. 1, C. *ibid.* — L. 11, §4, *ff. Qui potior. in pign.* — Voy. Merlin, Rép., v^is *Droit d'offrir*.

(4) Loyseau, *Des offices*, liv. 3, ch. 8, n° 66.

créancier hypothécaire préférable, soit parce que sa position offrait quelque analogie avec celle du tiers détenteur (1), soit parce qu'il avait intérêt à écarter un créancier disposé à absorber, dans des frais de poursuites, la valeur du gage commun (2). Par exemple, la femme qui employait ses deniers à payer les anciens créanciers de son mari, était subrogée de plein droit à leurs priviléges et hypothèques. Elle était considérée comme un créancier qui paye des créanciers antérieurs (3).

Le Code civil a consacré cette dernière opinion.

5. Il est allé plus loin. Le droit romain n'admettait la subrogation qu'entre créanciers hypothécaires. Les créanciers simplement chirographaires étaient regardés comme des tiers qui ne pouvaient obtenir qu'une subrogation conventionnelle. Ces maximes étaient passées dans notre ancien droit (4).

L'article 1251 ne fait aucune distinction entre les créanciers hypothécaires, privilégiés ou chirographaires. Il suffit, pour obtenir la subrogation légale, d'être créancier et de payer un créancier préférable. Les raisons en sont, en effet, les mêmes pour tous (5). La loi a donné à tout créancier le droit d'écarter un autre créancier préférable, pour prévenir ou arrêter les poursuites, diminuer la masse des frais, simplifier les contestations, faciliter le payement des dettes, la réalisation et la distribution du gage commun. Or, s'il est une classe de créan-

(1) Voy. *infrà*, § 2.

(2) BASNAGE, *Hyp.*, ch. 15, p. 364. — RENUSSON, *Subrog.*, ch. 4. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 182. — BRETONNIER, v° *Subrog.*, t. 2, p. 280.

(3) BRETONNIER, *ibid.*, p. 282, — RENUSSON, ch. 12, n° 42.

(4) Voy. RENUSSON, *Subrog.*, ch. 4. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 185. — BASNAGE, *Hyp.*, ch. 15, p. 358. — DUMOULIN, *De usuris*, n° 276. — ARGOU, liv. 4, ch. 5, t. 2, p. 354. — DOMAT, liv. 3, tit. 1, sect. 6.

(5) TOULLIER, t. 7, n° 140. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 356. — DURANTON, t. 12, n° 153. — MERLIN, Rép., v[is] *Subrog. de pers.*, sect. 2, § 3, n° 3, — ZACHARIÆ, t. 2, p. 377, 1re édit., et t. 4, p. 180, 4e édit. — GAUTHIER, n[os] 223 et suiv. — Caen, 26 nov. 1870. SIREY, 71, 2, 263. — *Contrà*, GRENIER, *Hyp.*, t. 1, n° 91. — FAVARD, v° *Subrog.*, § 2, n° 2.

ciers qui y trouve son avantage, c'est surtout celle des créanciers chirographaires.

Il importe même peu que le créancier qui en paye un autre qui lui est préférable, ait lui-même un droit hypothécaire inscrit sur le même immeuble dont il s'est rendu acquéreur, à la charge de payer son prix aux créanciers hypothécaires. Son droit à se faire subroger légalement est, en effet, indépendant des obligations qui pèsent sur lui, en qualité de tiers détenteur, sans qu'il se soit, d'ailleurs, imposé aucun engagement personnel et direct, qui soit en contradiction avec le bénéfice de la subrogation légale (1).

6. En nous pénétrant de cet esprit de la loi, nous ne voyons pas pourquoi elle a refusé la subrogation légale au créancier préférable qui paye un créancier postérieur. Lui aussi a un intérêt très réel et très sérieux à diminuer, autant que possible, un concours de créanciers qui est une source ordinaire de plus grands frais et de plus difficiles débats. Il y a même cette circonstance notable, que les difficultés et les chicanes viennent surtout des créanciers postérieurs, intéressés par position à lutter pied à pied contre ceux qui les priment. Aussi, Renusson accordait-il également la subrogation dans ce cas (2). Mais on ne peut aujourd'hui suppléer le silence de l'article 1251. Ce cas de subrogation légale se trouve ainsi exclu par voie de prétérition (3).

7. Nous en disons autant du cas où un créancier en paye un autre qui est au même rang que lui. Il n'y a pas de subrogation. Cependant, il existe là encore un véritable intérêt, pour l'un autant que pour l'autre, à simplifier la distribution du gage, en diminuant le nombre des créanciers en concours. Mais nous n'avons pas à refaire la loi.

(1) Cass., 7 nov. 1854. Sirey, 54, 1, 715.

(2) Ch. 4, n° 14. — Pothier, *Oblig.*, n° 521.

(3) Toullier, t. 7, n° 141. — Duranton, t. 12, n° 152. — Troplong, *Hyp.*, n° 357. — Gauthier, n° 221.

De ce que le droit de se prévaloir de la súbrogation légale n'appartient qu'à celui qui, étant lui-même créancier, en paye un autre qui lui est préférable, à raison de ses priviléges ou hypothèques, sont nées plusieurs dificultés relatives au mode d'acquisition de cette subrogation, et de l'étendue du remboursement à faire, dans certains cas, au créancier subrogeant. Par exemple, j'ai sur le même débiteur deux créances, soit de mon chef personnel, soit du chef d'un autre dont je suis l'ayant-cause à un titre quelconque, même de subrogation antérieure. L'une de ces créances vient à un rang postérieur à l'autre, soit parce qu'elle n'a qu'une hypothèque moins ancienne, ou qu'elle est simplement chirographaire. Un autre créancier que je prime veut acquérir la subrogation à celle de mes créances qui est préférable; lui suffira-t-il de m'en offrir le montant? Non, il doit me désintéresser complètement, m'offrir cumulativement l'intégralité de mes deux créances.

En effet, s'il se faisait subroger à celle de mes créances qui est la première en rang, il me primerait immédiatement par rapport à l'autre. Je pourrais, dès lors, n'y ayant renoncé ni expressément ni tacitement, me faire subroger à mon tour et reprendre ma créance. Pour cela, je n'aurais qu'à lui adresser exactement les mêmes offres, qu'il m'aurait faites, et on arriverait ainsi à un circuit de subrogations absolument sans issue. Je suis donc fondé à refuser des offres que je n'accepterais momentanément que pour les contrepasser à mon adversaire, auquel je puis dire : gardez vos offres, reprenez votre argent. C'est moi qui veux à mon tour être subrogé, c'est-à-dire rester comme nous sommes. Car j'ai pour garder ma créance le même droit que vous à l'acquérir. Il s'ensuit que je suis en droit d'exiger qu'il me rembourse la totalité de mes deux créances, puisque ce mode de remboursement est le seul moyen pour lui d'acquérir une subrogation sérieuse et définitive. Mon droit se fonde précisément sur l'inefficacité de ses offres, et c'est là l'exception la plus forte qui puisse être proposée; car le moins qu'on puisse exiger de celui qui entend

user d'une faculté légale, c'est que son exercice aboutisse à un résultat effectif, et non à un circuit vicieux d'actions qui n'a rien de réel (1).

Mais si j'avais accepté volontairement le payement offert, et que je voulusse ensuite me faire subroger et rentrer ainsi dans mon ancienne créance, j'aurais à offrir au subrogé, porteur de deux créances, l'une de son chef, l'autre du mien par subrogation, la totalité de ce qui lui est dû. C'est alors lui qui se prévaudrait contre moi de l'exception que j'aurais négligé de lui opposer.

Celui-là donc qui, en qualité de créancier primé, veut, en pareil cas, acquérir la subrogation, doit ou désintéresser complètement le subrogeant pour toutes ses créances, ou ne se faire subroger que de telle façon que le subrogeant le prime encore pour les créances qui lui restent dues, et qu'en conséquence il ne puisse plus obtenir de subrogation qui neutralise la première.

Mais ceci ne saurait s'appliquer qu'à celui qui n'est tenu, à aucun titre, de payer le créancier auquel il entend être subrogé, et nullement à ceux qui, comme tiers détenteurs ou cautions, sont obligés hypothécairement ou personnellement (2167, 2011). Peu importe alors qu'en obtenant la subrogation de droit à la créance spéciale qu'ils payent en cette qualité, ils priment le créancier relativement à d'autres créances impayées. Celui-ci ne peut refuser les offres qui lui sont distinctement faites, parce qu'elles ne sont que l'exécution de l'obligation hypothécaire ou personnelle dont ils sont tenus envers lui. Leur subrogation est alors définitive à son égard, parce qu'il ne peut annuler plus tard, malgré eux, les effets de leur libération, et qu'il n'a pu l'empêcher par aucune exception tirée de l'existence d'autres dettes auxquelles ils sont étrangers (2).

(1) Gauthier, *Subrog.*, nos 256 et suiv. — Cass., 2 août 1870. Sirey, 71, 1, 25.

(2) Gauthier, nos 303 et suiv. — Cass., 21 déc. 1836. Sirey, 37, 1, 54. — Caen, 7 février 1880. Sirey, 1880, 2, 255.

Mais s'ils payent, non en qualité de tiers détenteurs ou de coobligés, mais volontairement, sans y être tenus, comme tout créancier primé par un autre, ils devront se conformer à ce que nous avons dit plus haut, et ils ne pourront obtenir de subrogation qu'en désintéressant le subrogeant pour la totalité de ses créances, ou en le mettant hors d'état de demander, plus tard, contre eux-mêmes la subrogation.

Alors donc que la subrogation demandée à l'une des créances seulement, ne doit pas avoir pour effet d'attribuer au subrogé une antériorité quelconque sur ce qui reste dû au subrogeant, elle doit être accueillie. De plus, comme cette question d'antériorité, résultant de priviléges ou d'hypothèques, s'apprécie eu égard seulement à la chose qui forme, pour les deux créanciers, le gage spécial ou commun de leurs créances, le subrogeant ne peut exiger que le payement de la créance pour laquelle il est préférable, par rapport aux immeubles vendus dont le prix est en distribution, bien que le subrogé le prime d'ailleurs sur d'autres immeubles, en ce qui concerne ses autres créances, à raison desquelles il peut lui-même demander subrogation sur la chose hypothéquée. La diversité des gages hypothécaires et l'affranchissement de chacun d'eux, relativement aux autres créances qui ne les affectent pas, ont pour conséquence d'autoriser des subrogations partielles et séparées; car le subrogé n'acquiert alors par elles aucune préférence qui ouvre, en faveur du subrogeant, un droit à une subrogation quelconque contre lui-même (1).

8. Pour que la subrogation légale s'opère au profit du créancier qui en paye un autre qui lui est préférable, il n'est pas exigé que ces deux créanciers aient le même débiteur. Il suffit que la même chose soit obligée envers eux, qu'ils l'aient pour gage commun de leurs créances. Nous pouvons supposer une

(1) Paris, 21 déc. 1836. Sirey, 37, 2, 210.

chose successivement hypothéquée par ses détenteurs. Chacun d'eux a ses créanciers envers lesquels il s'est personnellement engagé. Mais si les créanciers n'ont pas de débiteur commun, ils ont un gage commun, et cette circonstance suffit pour que la subrogation légale ait lieu de plein droit au profit de celui qui en paye un autre qui lui est préférable.

Telle est encore la position des créanciers chirographaires du dernier détenteur de la chose, vis-à-vis des créanciers ayant priviléges ou hypothèques du chef des détenteurs précédents.

9. L'article 1251, en parlant du créancier préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques, exclut évidemment les autres causes qui rendent sa position plus favorable, et résultent d'un droit particulier, sans rentrer, néanmoins, dans la classe des priviléges proprements dits. Ainsi, on ne saurait placer l'antichrèse, qui ne produit aucun privilége, dans l'acception légale du mot, sur la même ligne que le gage qui en produit un véritable (voy. 2073, 2074, 2075, 2076, 2102, C. civ.). Le créancier qui aura payé un créancier antichrésiste ne sera donc pas subrogé de plein droit (1).

L'antichrésiste peut bien se prévaloir de son nantissement, en ce qui concerne les fruits qu'il a la simple faculté de percevoir (2085), soit contre les tiers acquéreurs, soit contre les créanciers chirographaires, soit même contre les créanciers hypothécaires dont les hypothèques sont postérieures à l'établissement de l'antichrèse (2). Mais il ne faut pas confondre ce droit de percevoir les fruits avec un véritable privilége sur le fonds. Cette perception de fruits s'opère, en effet, non à titre de privilége, mais seulement à titre de dation en payement, jusqu'à due concurrence. L'antichrésiste a acquis sur

(1) Mourlon, p. 358. — *Contrà*, Gauthier, n° 222 *bis*.

(2) Art. 1136, n° 11. — Zachariæ, t. 3, p. 177, 1re édit., et t. 4, p. 718, 4e édit. — Duranton, t. 18, n° 560. — Proudhon, *Usuf.*, t. 1, nos 89 et suiv. — Voy. cep. Troplong, *Hyp.*, n° 778.

eux un droit de propriété, plutôt qu'un privilége proprement dit. Il les impute sur sa créance, en cette qualité seule, et par suite de l'abandon que le débiteur lui en a consenti et a pu lui en consentir, à la différence du cas de gage où il ne peut autoriser le créancier à s'approprier la chose (2078).

10. Le donateur n'a aucun privilége pour l'exécution des clauses et conditions imposées au donataire par l'acte même de donation (1). Il a seulement une action en résolution faute de payement de ces charges (954). Si donc un créancier du donataire les acquitte, il ne pourra pas se prétendre subrogé de droit au donateur. Car ce dernier, faute de privilége, n'est pas un créancier qui lui soit préférable.

Tel serait le vendeur qui, après avoir perdu son privilége, n'aurait plus que l'action en résolution pour non payement, ou qui, sans se prévaloir d'ailleurs d'aucune cause de préférence, bornerait à cette action résolutoire l'exercice de son droit. Il n'y a lieu, dans ce cas, qu'à une subrogation conventionnelle; et comme le créancier est maître ou non de la consentir, il peut refuser les offres de payement qui lui seraient faites par un autre créancier du débiteur, sous la condition d'être subrogé spécialement à l'action résolutoire dont il cherche ainsi à se ménager privativement les avantages (2).

11. Les priviléges et hypothèques, sous le rapport de leur étendue, sont généraux ou spéciaux. Mettons donc en présence une préférence sur un objet spécial, et une préférence sur la généralité des biens.

Un créancier a une hypothèque ou un privilége général; mais il est primé par une autre hypothèque ou par un privilége spécial. En remboursant le créancier qui lui est pré-

(1) TROPLONG, *Hyp.*, n° 216.
(2) Cass., 3 juill. 1854. SIREY, 54, 1, 423.

férable sur un objet particulier, il acquiert la subrogation de plein droit (1).

Mais le créancier ayant hypothèque ou privilége spécial, ne pourra-t-il pas acquérir lui-même la subrogation de plein droit, en payant le créancier ayant hypothèque ou privilége général? Il le pourra. En effet, les biens du débiteur sont le gage commun de tous ses créanciers, bien qu'ils soient frappés, au profit de quelques-uns, d'hypothèques ou de priviléges généraux. De là il suit que, si le créancier ayant hypothèque ou privilége spécial prime sur les biens qui lui sont ainsi affectés, l'autre créancier ayant hypothèque ou privilége général, il est primé par celui-ci quant au surplus des biens. Voilà donc en présence deux créanciers qui sont également préférables l'un à l'autre, en tant qu'on considère leurs droits, tantôt sur des objets déterminés, tantôt sur l'ensemble des biens. Le créancier ayant hypothèque ou privilége spécial acquerra donc la subrogation de plein droit à l'hypothèque ou au privilége général de l'autre créancier qu'il paye, puisque celui-ci lui est préférable sur tout ce qui ne lui est pas spécialement engagé.

Si nous mettons en présence des hypothèques ou priviléges spéciaux affectant des biens différents, nous arrivons à la même conclusion. Les créanciers primant sur un point, primés sur l'autre, auront également droit à la subrogation légale en la créance par eux remboursée.

Quels que soient le concours et l'égalité de ces droits respectifs, ils ne sont point neutralisés l'un par l'autre, ils ne s'entredétruisent pas. Celui-là sera subrogé, qui le premier aura payé son concurrent. Quand nous disons payé, nous entendons par là, non-seulement un payement effectif, mais encore les offres qui en tiennent lieu, pourvu qu'elles soient suivies de consignation.

La pratique des affaires apprend tous les jours quels avan-

(1) Cass., 15 mars 1875. Sirey, 75, 1, 311. — Et, sur renvoi, Bordeaux, 31 déc. 1878. Sirey, 79, 2, 144.

tages un créancier peut retirer de la subrogation ainsi acquise. Nous ferions une digression, non pas inopportune sans doute, mais tout au moins inutile peut-être, si nous nous arrêtions à en donner ici des exemples (1). Ce point se rattache plutôt à la matière des hypothèques.

12. L'article 1251 ne subordonne pas l'acquisition de la subrogation légale par le créancier qui paye, à la condition que sa créance sera plus ou moins considérable. Elle ne fixe aucune quotité, elle ne détermine aucune mesure d'intérêt. Il suffit donc d'être créancier, n'importe de quelle somme, pour avoir droit à la subrogation légale, en payant un autre créancier préférable. Mais plus la loi est facile, plus elle a droit d'être loyalement observée. Il y aurait fraude, si le tiers qui a payé un créancier prétendait mensongèrement qu'il était créancier lui-même, pour se trouver ainsi dans un cas de subrogation légale.

Du reste, le créancier n'acquiert cette subrogation qu'à la condition de payer, de ses deniers propres, celui aux droits duquel il entend être subrogé. Si ce dernier, par exemple, a stipulé, outre une hypothèque, des garanties accessoires, et qu'il ait été payé dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix des immeubles de son débiteur, les autres créanciers sur lesquels les fonds auront manqué ne pourront se prétendre légalement subrogés, en vertu de l'article 1251, n° 1, à ces garanties particulières, exclusivement aux autres créanciers. Car le créancier utilement colloqué a été payé au moyen des deniers de son débiteur, et ceux qui se prétendent légalement subrogés n'ont contribué en rien à ce payement (2).

Ils n'ont également droit à aucune subrogation légale dans l'hypothèse suivante, et par les mêmes raisons : Un ordre s'ouvre, et collocation est faite de certains créanciers contre le débi-

(1) Voy. Gauthier, nos 233 et suiv.
(2) Nîmes, 24 février 1845. Sirey, 46, 2, 253.

teur qui, sans être obligé principal pour toute la dette, en est seulement tenu, soit comme caution, soit comme garant à tout autre titre. Il est sans doute légalement subrogé aux droits des créanciers qu'il paye, comme étant tenu pour ou avec d'autres (1251, n° 3). Mais il est le seul qui puisse invoquer cette subrogation légale. Quant aux autres créanciers sur lesquels les fonds ont manqué dans l'ordre, ils ne sauraient exiger que le bénéfice du recours, qui appartient à leur débiteur contre les obligés principaux, leur soit exclusivement attribué, en vertu d'aucune subrogation légale. Ils n'ont, en effet, opéré aucun payement de leurs deniers personnels. Ils ont donc seulement le droit d'exercer, en vertu de l'article 1166, concurremment avec les autres créanciers, l'action récursoire de leur débiteur commun, contre ceux dont il était caution ou autrement garant; de telle sorte qu'il a pu valablement disposer du bénéfice de cette action par voie de délégation ou de transport (1). Le seul moyen pour eux d'obtenir la subrogation légale aux droits des créanciers qui les primaient, était de les désintéresser, à l'aide de leurs deniers propres, conformément aux dispositions de l'article 1251, n° 1. Et, au moyen de cette subrogation, ils n'avaient qu'à diriger d'abord leurs poursuites en payement contre les obligés principaux, pour faire sortir à effet leurs hypothèques.

§ 2.

13. La subrogation a lieu de plein droit; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué (1251).

Cette subrogation nous vient du droit romain (2). L'acqué-

(1) Cass., 1er août 1839. Sirey, 39, 1, 970. — Bourges, 31 janvier 1852. Sirey, 53, 2, 135.

(2) L. 3, C. *De his qui in prior. loc. succed.*

reur qui avait payé les créanciers hypothécaires était subrogé à leurs droits, et avait, conséquemment, un juste moyen de défense contre les créanciers postérieurs. Il semble, cependant, que la loi romaine n'accordait pas la subrogation de plein droit, par cela seul que le tiers acquéreur avait payé les créanciers. Elle exigeait une sorte de stipulation de subrogation par l'acquéreur, au moment de son acquisition, *ita ut pretium perveniret ad eosdem potiores creditores* (1). Nous ferons même remarquer que ce mot, *perveniret*, suppose un intermédiaire, et que la subrogation avait lieu alors même que c'était le débiteur vendeur qui payait ses créanciers au moyen du prix de vente.

Mais notre ancienne jurisprudence accordait la subrogation de plein droit, sans le secours d'aucune stipulation, à l'acquéreur qui employait le prix de vente à payer les créanciers hypothécaires (2). Elle a été consacrée par le Code civil.

La faveur et la justice de cette subrogation légale sont de toute évidence. L'acquéreur n'a payé les créanciers hypothécaires que pour consolider sa propriété. Il serait inique de le condamner à l'éviction sur la poursuite des autres créanciers hypothécaires, sans lui donner d'autre recours que contre un vendeur peut-être insolvable, et sans l'autoriser à se faire colloquer sur la valeur de la chose au rang des créanciers par lui désintéressés.

14. Voici l'hypothèse du n° 2 de l'article 1251. J'achète un immeuble grevé d'hypothèques; je puis opérer la purge en observant les formalités prescrites à cet égard; mais je néglige de le faire, et me borne à employer le prix au payement des créanciers qui ont hypothèques sur la chose par moi acquise. Cependant, quelques-uns des créanciers ne sont point payés.

(1) Voy. POTHIER, *Orléans*, tit. 20, n° 73.

(2) POTHIER, *ibid.* — D'OLIVE, liv. 4, ch. 14. — RENUSSON, ch. 5. — DOMAT, liv. 3, tit. 1, sect. 6, n° 7. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 196. — BRETONNIER, v° *Subrogation*, t. 2, p. 281.

Ils me poursuivent comme tiers détenteur. L'immeuble est vendu, soit qu'il y ait eu de ma part délaissement ou non, et l'on procède à la distribution du prix entre les créanciers hypothécaires. Au moyen de la subrogation que j'ai obtenue, en employant le prix de mon acquisition à désintéresser quelques créanciers, je me présente à l'ordre, et demande collocation à leur rang. Si je n'ai pu échapper aux poursuites hypothécaires et à l'éviction, du moins je rentre dans mon prix, pourvu que j'aie eu soin de ne payer que ceux qui, par la date de leurs hypothèques, devaient arriver dans un rang utile. Ne pouvant sauver la chose, j'ai sauvé le prix.

15. Mais ce n'est pas là la seule hypothèse où la subrogation ait lieu, et puisse produire, en faveur de l'acquéreur, ses heureux résultats. Nous pouvons, en effet, supposer l'acquéreur évincé par un tiers vrai propriétaire (1); supposer le contrat résolu, rescindé, annulé (2). L'acquéreur qui, avant l'éviction, la résolution, la rescision ou l'annulation prononcées, aura employé le prix de son acquisition à payer les créanciers hypothécaires ou privilégiés, sera encore subrogé à leurs droits, et pourra les faire valoir contre les détenteurs subséquents de l'immeuble.

Par exemple, un adjudicataire sur surenchère paye son prix au vendeur privilégié. Il est par là subrogé à ses droits contre l'adjudicataire primitif, dont l'adjudication est plus tard maintenue, par suite de l'annulation de la surenchère. Il peut, en conséquence, poursuivre contre lui la folle enchère, à défaut de payement du prix et d'exécution des charges de l'adjudication (3).

De même encore, un tiers achète ou reçoit en payement un immeuble grevé d'hypothèques. Il paye le vendeur primitif, ou se fait subroger à un premier subrogé aux droits de ce

(1) Voy. Mourlon, p. 391 et suiv.
(2) Voy. Caen, 7 déc. 1868. Sirey, 70, 2, 67.
(3) Cass., 18 mars 1850. Sirey, 50, 1, 465.

vendeur. Il pourra, comme subrogé, sur les poursuites hypothécaires dirigées contre lui, par des créanciers tenant leurs droits de son vendeur immédiat, demander lui-même la résolution de la vente originaire. Dès lors, s'évanouissent les droits et l'action des créanciers poursuivants ; et, comme il a entendu rester propriétaire de la chose au meilleur titre possible, à défaut du titre de transmission qui lui a été consenti, il assure la propriété sur sa tête par le bénéfice de l'action résolutoire, en la tenant directement du vendeur primitif, aux droits duquel il se trouve subrogé.

Ainsi enfin, un immeuble dotal est vendu par une femme, assistée ou non de son mari. L'acquéreur paye les créanciers ayant hypothèque sur la chose. Plus tard, la nullité de la vente est poursuivie et prononcée pour cause de dotalité. L'acquéreur évincé, étant subrogé aux droits des créanciers qu'il a désintéressés, pourra les exercer contre la femme, sa venderesse, comme ils auraient pu les faire valoir eux-mêmes; de telle sorte que si, parmi ces créanciers, il y avait notamment le vendeur primitif, et que ce vendeur ne fût pas payé, il pourrait, étant subrogé à ses droits, poursuivre contre la femme la résolution de l'acquisition faite par elle ou ses auteurs, à défaut de payement du prix (1184, 1654). Il ne perd ainsi la chose par la dotalité que pour la reprendre par l'action résolutoire.

Par application du même principe, le sous-acquéreur, subrogé aux droits du vendeur originaire, qu'il a désintéressé, est bien fondé à repousser par l'action en résolution qui lui compète, l'action en nullité de la vente que son vendeur immédiat, premier acquéreur, forme contre lui pour cause d'inobservation des formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs (1).

16. L'article 1251 fait comprendre par lui-même quelles conditions sont nécessaires pour qu'il y ait subrogation de

(1) Cass., 17 juillet 1861. Sirey, 61, 1, 836.

plein droit. Il faut, avant tout, un acte translatif de propriété (nous ne disons pas *vente*, avec intention); car la subrogation accordée ici par la loi suppose essentiellement la translation d'un droit que le détenteur veut, en payant les créanciers hypothécaires, consolider au moins à leur égard.

Si donc l'acte était simulé, s'il n'était qu'un semblant de vente, destiné à soustraire frauduleusement à leurs poursuites le gage commun des créanciers, le prétendu acquéreur qui aurait payé les créanciers hypothécaires ne pourrait prétendre à la subrogation de plein droit. En effet, n'étant pas acquéreur du tout, n'ayant fait qu'un acte simulé, c'est-à-dire n'ayant fait aucun acte, il ne saurait soutenir qu'il a employé à payer les créanciers un prix d'acquisition qui n'existe point. Il ne serait, en réalité, qu'un tiers payant en l'acquit du débiteur, et ne pouvant, en conséquence, invoquer d'autre subrogation que celle qui lui aurait été consentie par le créancier (1250, 1°).

17. Il faut ensuite que l'acquéreur emploie son prix au payement des créanciers hypothécaires. Et, par emploi du prix il faut entendre un payement réel et effectif. Une simple promesse de payer serait insuffisante pour opérer la subrogation (1).

Il doit encore, lorsqu'il paye les tiers créanciers, faire autre chose que se libérer simplement de ce qu'il doit à son vendeur; car toute subrogation suppose essentiellement que le payement est fait avec des deniers appartenant à celui qui l'effectue. Si donc le tiers détenteur paye, en suite de l'ordre, les créanciers utilement colloqués, comme il n'acquitte que sa propre dette et ne fait que se libérer de son prix, qui autrement serait encore dû, il n'y a lieu en sa faveur à aucune subrogation légale ou conventionnelle à une créance qui, par rapport à lui, se trouve irrévocablement éteinte (2).

Si les créanciers par lui désintéressés n'avaient aucun droit

(1) Zachariæ, t. 2, p. 377, n^te^ 31, 1re édit., et t. 4, p. 182, 4e édit. — Gauthier, n° 290 *bis*. — Cass., 14 juill. 1813. Sirey, 14, 1, 38.

(2) Cass., 31 déc. 1861. Sirey, 62, 1, 591.

réel d'hypothèque ou de privilége sur la chose qui lui a été transmise, il n'acquerrait pas la subrogation légale. Tel est le cas où il paye le donateur qui a une action résolutoire seulement pour inexécution des charges de la donation, ou le vendeur qui n'a plus qu'une action en résolution, et a laissé périr son privilége. Quel que soit l'intérêt de l'acquéreur à obtenir une subrogation, il ne peut se prévaloir d'aucune subrogation de plein droit, l'article 1251 exigeant qu'il s'agisse de créanciers ayant hypothèque ou privilége sur l'immeuble.

Enfin, il faut que ce soit lui qui les paye et se mette en rapport avec eux. Si donc il commençait par verser son prix entre les mains du vendeur, et que celui-ci l'employât à désintéresser quelques créanciers hypothécaires, l'acquéreur ne leur serait pas subrogé. En effet, il n'a montré, par aucun acte, l'intention d'acquérir la subrogation; loin de là, en payant entre les mains de son vendeur, sans se préoccuper des hypothèques, il s'en est exclusivement rapporté à sa foi et à sa solvabilité. D'autre part, le vendeur, en touchant le prix, a reçu ce qui lui était dû, et en l'employant plus tard à payer ses créanciers, il ne s'est occupé que de la gestion de ses propres intérêts. Si donc l'acquéreur retirait plus tard quittance en son nom, il y aurait fraude (1).

18. Ce n'est pas, cependant, que l'acquéreur ne puisse charger le vendeur d'employer lui-même son prix d'acquisition à payer les créanciers hypothécaires, et obtenir, au moyen de ce payement, fait par intermédiaire, la subrogation légale. Il semble même que, sous la loi romaine, elle ne s'acquérait pas autrement (2). Le vendeur est alors le chargé d'affaires, le mandataire de l'acquéreur; il agit dans son intérêt et en exécution d'une clause ou d'une convention qui montre suffisamment que ce dernier a voulu, autant que possible, se garantir contre les poursuites hypothécaires. Si donc il est convenu,

(1) Aix, 21 nov. 1877. Sirey, 78, 2, 86.
(2) L. 3, C. *De his qui in prior. locum succed.* — *Suprà,* nº 13.

dans le contrat, que le prix ne sera payé qu'à la charge par le vendeur de l'employer à désintéresser ses créanciers; ou qu'il soit convenu de cette destination lors du payement fait entre ses mains, l'acquéreur, bien qu'il n'ait pas effectué personnellement le payement des créances hypothécaires, obtiendra néanmoins la subrogation légale, de même que s'il avait pris un étranger pour mandataire, en lui remettant ou non, à l'avance, les fonds nécessaires à l'exécution du mandat (1).

Toutefois, il peut se présenter telle espèce où il y a doute sur le véritable sens de l'intervention du vendeur. L'acquéreur, en le chargeant de payer les créanciers hypothécaires, peut n'avoir songé qu'au dégrèvement de l'immeuble, préalablement au payement de son prix, sans entendre acquérir aucune sorte de subrogation. Le droit d'apprécier les circonstances demeure donc réservé aux juges. Mais il n'en est pas moins vrai, en principe, que l'acquéreur peut obtenir la subrogation légale en payant les créanciers par l'intermédiaire de son vendeur, qu'il charge de les rembourser au moyen de son prix.

19. Il n'est même pas besoin que cette destination et cet emploi du prix soient constatés par actes authentiques, ou ayant date certaine. Mais la prudence conseille de leur faire acquérir cette certitude de date. Car si le créancier prétendu payé et subrogeant avait donné mainlevée de son hypothèque, l'acquéreur, qui ne produirait qu'une quittance ayant acquis date certaine postérieurement à la radiation de l'inscription, ne pourrait faire valoir sa subrogation contre les autres créanciers inscrits. Il serait réputé, à leur égard, simple créancier chirographaire (2).

Comme la loi n'exige, pour la justification du payement,

(1) Ferrière, Paris, art. 108, § 5, n° 15. — Zachariæ, t. 2, p. 377, nte 31, 1re édit., et t. 4, p. 183, 4e édit. — Colmar, 17 déc. 1825. Sirey, 27, 2, 90. — *Contrà*, Gauthier, n° 290. — Mourlon, p. 385.

(2) Gauthier, n° 291. — Cass., 14 juill. 1813. Sirey, 14, 1, 38.

aucune formalité spéciale, que les actes soient authentiques ou non, qu'ils aient ou non date certaine, il suffit qu'il soit constant que le prix a été réellement employé par l'acquéreur, ou par tout autre, et même par le vendeur, son mandataire, à désintéresser les créanciers ayant hypothèques ou priviléges sur la chose acquise. Il ne se trouve point, en effet, dans la position d'un tiers qui prête pour acquérir la subrogation; il est simplement un acquéreur débiteur de son prix. L'emploi qui en aura été fait pourra même être justifié, en vue de la subrogation, par la corrélation des quittances fournies par le vendeur et les créanciers hypothécaires, par le rapprochement de leurs dates respectives, la simultanéité de la double opération, et sa concordance avec les clauses de la vente (1).

20. Lorsque l'acquéreur aura versé son prix entre les mains du vendeur, à la charge par lui de l'employer à payer les créanciers, il sera utile de faire, dans la quittance, mention de l'emploi. A défaut de cette mention, on pourrait, suivant les circonstances, présumer que le vendeur a tourné à son usage personnel les deniers qui lui avaient été confiés, et qu'il a effectué le payement, non avec le prix d'acquisition, mais avec de l'argent d'une autre provenance.

Si, en payant les créanciers, il n'a pas déclaré agir pour l'acquéreur, ou s'il n'a pas mentionné dans la quittance la destination des deniers, il ne faudra pas qu'un trop long intervalle s'écoule entre la remise des fonds et leur emploi. Ce serait encore une présomption contre sa sincérité et sa réalité. Nous croyons donc qu'il convient d'appliquer ici ce que nous avons dit de la subrogation consentie par le débiteur. Aussi, est-ce un devoir de prudence pour l'acquéreur de ne pas confier au vendeur l'emploi de son prix, puisque, en le faisant, il s'expose à des mécomptes souvent irréparables.

Mais il en est autrement, lorsque l'acquéreur effectue lui-même le payement. Il n'a pas besoin de dire pourquoi, à quel

(1) Cass., 11 août 1852. Sirey, 53, 1, 299.

titre, avec quels deniers il paye. Le fait même de son acquisition suffit pour imprimer au payement son caractère et son intention véritables. Il est toujours légalement subrogé, alors même que par son contrat d'acquisition il s'est engagé à payer son prix aux créanciers inscrits sur l'immeuble (1).

21. Comme il n'existe de prix, et d'intérêt à consolider une propriété, qu'après que le contrat translatif existe, il s'ensuit que, si l'acquéreur avait payé les créanciers hypothécaires avant d'avoir contracté, il ne pourrait invoquer la subrogation de plein droit. Ce n'est pas avant, c'est après l'acquisition qu'il faut payer. En payant auparavant, l'on ne peut se prétendre subrogé que tout autant qu'on l'aurait été conventionnellement par le créancier payé, ou par le débiteur empruntant (2).

22. Par la même raison, nous disons que si le payement avait eu lieu après l'éviction, après la résolution, la rescision, la nullité du contrat prononcées, il n'y aurait pas lieu non plus à la subrogation de droit. En effet, plus de prix, plus d'intérêt. On ne peut, dès lors, se placer que dans l'un des cas de subrogation conventionnelle.

Mais l'acquéreur qui paye, après avoir revendu, est dans le cas de la subrogation légale. Car il conserve le titre et les obligations d'acquéreur (3). Il est même subrogé de droit au cas où le prix de la revente ayant été consigné, le créancier a été payé, à sa décharge, par la caisse des dépôts et consignations (4); ou bien encore au cas où, après qu'il a été exproprié sur saisie, le créancier a été utilement colloqué dans l'ordre, et a reçu le montant de la créance sur le prix de l'adjudication (5). Car il paye en réalité la dette de son auteur

(1) Cass., 28 déc. 1853. Sirey, 54, 1, 719.

(2) Renusson, ch. 5, n° 19. — Toullier, t. 7, n° 143. — Duranton, t. 12, n° 158. — Gauthier, n° 287. — Zachariæ, t. 2, p. 377, nte 31, 1re édit., et t. 4, p. 182, 4e édit.

(3) Gauthier, n° 288.

(4) Cass., 24 août 1865. Sirey, 65, 1, 433.

(5) Cass., 24 janv. 1876. Sirey, 77, 1, 163.

avec un prix qui est sa propriété, comme la chose qu'il représente, au moins à l'égard du débiteur contre lequel il acquiert ainsi subrogation. Mais ce cas rentre plutôt dans les termes du paragraphe suivant.

23. La subrogation de droit n'existe enfin qu'au profit de l'acquéreur, et non des tiers qui lui auraient prêté les deniers. Ils ne seraient subrogés que tout autant qu'il serait authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi, et par la quittance, que le payement a été fait des deniers empruntés (1250, 2°; 2103, 2°). Mais comme, à l'égard de celui qui est admis à en obtenir le bénéfice, la subrogation légale est inhérente au fait même du payement, son acquisition de droit est indépendante de l'origine des deniers, et il importe peu que le payement ait eu lieu avec des deniers propres à celui qui paye, ou avec des deniers par lui empruntés. Et ceci s'applique à tous les cas de subrogation légale, soit qu'il s'agisse d'un créancier qui en paye un autre qui lui est préférable, d'un acquéreur qui emploie son prix à éteindre les hypothèques, ou de celui qui acquitte une dette dont il est tenu pour ou avec un autre. Mais relativement au tiers qui a prêté les deniers, comme il ne peut invoquer qu'une subrogation conventionnelle, il doit se conformer, pour l'acquérir personnellement, aux dispositions de l'article 1250.

Cependant, si l'emprunteur avait fait mentionner dans la quittance l'origine des deniers, en vue d'une subrogation qu'il avait promise, et s'il résultait des faits et actes de la cause qu'il a entendu faire passer sur la tête du bailleur de fonds, après les avoir acquis, les droits résultant à son profit de la subrogation légale, il y aurait, dans ce cas, en faveur de ce dernier, une véritable cession-transport du bénéfice de cette subrogation, et il serait, en conséquence, fondé à agir à ce titre (1).

(1) Cass., 22 déc. 1846. SIREY, 47, 1, 86. — 7 nov. 1854. SIREY, 54, 1, 715.

Mais remarquons bien qu'étant placé en dehors des conditions déterminées par l'article 1250, il ne peut se dire personnellement et immédiatement subrogé aux droits du créancier désintéressé; que l'emprunteur est le vrai subrogé immédiat et direct; qu'il ne fait que transporter au prêteur les droits résultant pour lui du payement de la créance; que, cette créance même pouvant être modifiée en passant sur sa tête, il cède seulement les droits qui lui appartiennent par suite de la subrogation, et qu'enfin le cessionnaire n'en est saisi à l'égard des tiers que comme au cas d'un transport ordinaire.

24. Si l'acquéreur se trouvait au nombre des créanciers hypothécaires, et qu'il fît ainsi confusion en lui-même, serait-il, le cas d'éviction échéant, pour ainsi dire, subrogé à lui-même? Sa créance et son hypothèque renaîtraient-elles, après sa dépossession, le délaissement ou l'adjudication faite sur lui (2177)? On dit avec raison que l'extinction de sa créance n'était elle-même que conditionnelle, soumise à la condition de l'irrévocabilité de son acquisition; que ses droits renaissent ainsi après son éviction, quelle qu'elle soit, comme si jamais il n'avait acquis la chose affectée d'hypothèque; que tel est l'effet des conditions résolutoires, dont l'accomplissement remet les parties au même et semblable état qu'avant la convention (1).

Mais il convient de restreindre cette décision au seul cas où les droits du créancier ont été éteints virtuellement, en dehors de tout acte volontaire de sa part, par les effets propres de la confusion. Elle est inapplicable lorsque, indépendamment de la confusion, il a déclaré, contradictoirement avec son débiteur, compenser sa créance avec son prix, sans aucune réserve, et éteindre ainsi ses droits purement et simplement. Leur extinction est alors définitive, soit qu'il les ait

(1) Voy. Renusson, *Subrogation*, ch. 5, nº 23. — Toullier, t. 7, nº 144. — Troplong, *Hyp.*, nºs 841, 847 et suiv. — Merlin, Rép., vº *Subrogation*, sect. 2, § 4, nº 1. — Gauthier, nºs 293 et suiv.

possédés de son chef, ou qu'il les ait acquis par voie de subrogation.

On reconnaîtra d'abord sans difficulté que l'espèce supposée s'éloigne du cas prévu par notre article de subrogation légale. L'acquéreur qui se paye à lui-même, comme créancier hypothécaire, et par voie de compensation, le prix de l'immeuble grevé d'hypothèques et par lui acquis, est, en effet, dans une situation différente de celle de l'acquéreur qui emploie son prix à payer des créanciers hypothécaires étrangers. Quand il se paye lui-même, il ne songe pas à consolider son achat, en garantissant sa propriété contre les dangers de l'éviction hypothécaire. Il ne fait que se libérer vis-à-vis de son vendeur, en satisfaisant à son engagement de payer le prix. Il va même au delà de ses obligations actuelles, puisqu'il paye quoique le prix soit non exigible, à raison des hypothèques existantes. Il paye donc volontairement et même imprudemment, contre son intérêt.

Telle est sa situation ; et maintenant comprend-on comment il pourrait se prétendre subrogé à lui-même, dans sa propre hypothèque qu'il a éteinte par un payement fait volontairement, sans aucunes réserves, pour le cas où il est plus tard évincé sur les poursuites hypothécaires des autres créanciers, ou sur l'action de tout autre tiers étranger? La compensation toute facultative qu'il a faite entre son prix et sa créance, contient en elle, conformément à la fiction légale qui lui sert de principe, d'abord le payement du prix au vendeur, et ensuite, de la part de ce dernier, l'emploi du prix au payement de sa dette. Or, que l'on suppose la réalité de cette opération ; il est évident que l'acquéreur évincé, loin de rentrer dans les hypothèques qui garantissaient sa créance, n'aura plus à exercer contre son vendeur que les actions résultant de son contrat de vente, avec les seules garanties particulières qui y sont attachées. C'est que sa créance hypothécaire ayant été éteinte par un payement fait volontairement et sans réserves, est frappée d'une extinction irrévocable et définitive.

Quant à l'article 2177, nous disons qu'on lui donne une interprétation inexacte. Sans doute, aux termes de cet article, les hypothèques, de même que les autres droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. Pourquoi? C'est que nul ne peut se dire créancier hypothécaire sur sa propre chose; que l'hypothèque s'éteint par la confusion résultant de l'acquisition de la propriété; mais aussi que cette confusion cessant, les hypothèques renaissent, l'effet ne devant pas survivre à sa cause. Toutefois, et là est précisément le point essentiel, l'article 2177 ne veut pas dire que cette résurrection s'opère, dans tous les cas, et indépendamment des actes volontairement consentis et acceptés entre le créancier, tiers détenteur, et son débiteur qui a aliéné la chose à son profit. Il ne fait renaître les hypothèques que dans le cas où la confusion toute seule et par sa seule force les ayant éteintes de plein droit, cette même confusion vient à cesser ensuite par l'effet de l'éviction du tiers détenteur. Mais, lorsque ces hypothèques ont d'ailleurs péri par toute autre cause, en outre et en dehors de la seule confusion de droit; lorsque, par exemple, elles ont été éteintes par suite d'un payement fait par le débiteur, ou, ce qui est exactement la même chose, d'une compensation toute facultative, sans aucune espèce de réserves et par forme de novation; dans ce cas, l'article 2177 devient inapplicable et est impuissant à résoudre la question. Alors, au contraire, apparaît ce principe, qu'une fois éteinte une obligation ne renaît pas, *obligatio semel extincta non reviviscit;* que les hypothèques sont, en conséquence, définitivement éteintes, sans que le tiers détenteur puisse les faire valoir, après éviction, comme étant légalement subrogé à lui-même, ainsi qu'il le serait aux droits des créanciers hypothécaires qu'il aurait désintéressés avec son prix d'achat.

Du reste, cette question se rattache intimément à celle de savoir si la dation en payement éteint absolument l'hypothèque, de telle sorte qu'elle ne puisse renaître après l'éviction

du créancier. Nous examinons ce point sous l'article 1278 (1), où nous le résolvons dans le sens de l'affirmative.

25. L'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers auxquels la chose par lui acquise est hypothéquée, acquiert-il la subrogation légale en tous leurs droits, ou bien seulement ne l'acquiert-il qu'en ce qui concerne l'objet même de son acquisition? Cette question présente un intérêt sérieux. Si la subrogation est limitée, les autres créanciers gagnent à cette restriction tout ce que l'acquéreur y perd de garanties. Quelque étendue qu'ait été l'hypothèque des créanciers par lui payés, elle est devenue toute spéciale, aussitôt que la subrogation s'est opérée. Les autres choses hypothéquées ont été affranchies, de telle sorte que le subrogé n'a pour gage hypothécaire que la chose même qu'il a acquise. Que si, au contraire, la subrogation a lieu d'une manière générale, en tout et pour tout, l'acquéreur trouve dans son extension une garantie plus complète, sans cependant causer aux autres créanciers le moindre préjudice, puisqu'il ne fait que prendre exactement la place de celui qu'il paye, ni plus ni moins.

Dans les principes du droit romain, cette subrogation de l'acquéreur n'avait d'autre but que de consolider sa possession, et de lui procurer une juste défense contre les créanciers postérieurs, *possessionem confirmare... justâ defensione tueri* (2). De là on avait conclu que cette subrogation n'avait d'effet que sur la chose acquise, et non sur les autres biens du vendeur. Cette opinion était celle de nos anciens auteurs (3). Cependant, si l'acquéreur en payant avait requis la subrogation, alors elle n'était pas restreinte (4).

(1) N° 6. — Voy. encore art. 1300, n° 18.

(2) L. 3, C. *De his qui in prior. loc. succed.*

(3) Renusson, ch. 5, n° 42. — Argou, liv. 4, ch. 5, t. 2, p. 354. — Pothier, *Oblig.*, n° 521 ; et Orléans, tit. 20, n° 72. — Rousseaud de la Combe, v° *Subrogation*, n° 8.

(4) Pothier, *ibid.*

Mais aujourd'hui, suivant l'opinion de tous les auteurs et les décisions de la jurisprudence, cette subrogation de l'acquéreur a lieu, non-seulement en ce qui concerne la chose par lui acquise, mais encore en ce qui concerne les biens du vendeur qui étaient affectés par privilége ou hypothèque à la créance payée (1). La loi ne fait, en effet, aucune distinction, quant à l'étendue de la subrogation, entre ce cas et les autres. L'acquéreur est subrogé de plein droit; il l'est donc comme on l'est ordinairement. Or, de droit commun, la subrogation se fait exactement dans la mesure de l'ancienne créance.

L'acquéreur ne veut pas seulement empêcher l'éviction, il veut encore, et surtout, en prévenir les suites. S'il ne paye que quelques créanciers, il n'entend pas échapper à toutes poursuites hypothécaires; il veut, à défaut de la chose, sauver son prix. Son intention est donc d'obtenir la subrogation légale dans toute son étendue possible.

Comme tiers détenteur, il est tenu, sinon personnellement, du moins hypothécairement, de payer pour le débiteur, et il y a un intérêt incontestable. Si donc il ne pouvait invoquer le n° 2 de l'article 1251, il invoquerait avec avantage le n° 3 de cet article.

D'autre part, aussitôt qu'il est évincé il a un recours contre son vendeur. Ce recours est une créance primée par les créances hypothécaires. Lors donc qu'il a payé les créanciers hypothécaires, il a payé comme créancier éventuel, dans la prévi-

(1) Troplong, *Hyp.*, n°s 359 et 789. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 496. — Zachariæ, t. 2, p. 378, nte 32, et t. 4, p. 186, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 161. — Toullier, t. 7, n° 145, nte 2. (Ces deux derniers auteurs avaient d'abord embrassé l'opinion contraire.) — Mourlon, p. 388. — Gauthier, n° 270. — Cass., 15 janv. 1833. Sirey, 33, 1, 81. — Paris, 20 déc. 1834 et 19 déc. 1835. Sirey, 36, 2, 159. — Cass., 21 déc. 1836. Sirey, 37, 1, 54. — 15 avril 1844. Sirey, 44, 1, 849. — 7 nov. 1854. Sirey, 54, 1, 715. — Alger, 18 janv. 1868. Sirey, 68, 2, 319. — Cass., 28 juin 1882. Sirey, 82, 1, 417. — *Contrà*, Bourges, 10 juill. 1829. Sirey, 30, 2, 19. — Paris, 10 juin 1833. Sirey, 33, 2, 451.

sion d'un recours contre son vendeur, un créancier qui lui était préférable. Sous ce rapport encore il a la subrogation illimitée du nº 1er.

26. L'acquéreur qui n'a pas rempli les formalités de la purge, demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme tiers détenteur à toutes les dettes hypothécaires (2167). Mais il n'est obligé qu'à celles qui grèvent la chose par lui acquise. Si donc le créancier avait, quant aux garanties hypothécaires, divisé sa créance de manière que telle fraction portât sur un immeuble différent resté ou non dans les mains du débiteur, et telle autre fraction sur l'immeuble aliéné, le tiers détenteur, tenu hypothécairement et non personnellement, n'aurait à lui offrir que le montant de la créance inscrite sur l'immeuble par lui acquis. Et le créancier ne pourrait prétendre que le payement de sa créance doit se faire d'une manière indivisible, qu'il ne peut être contraint de la recevoir séparément par parties. Car le tiers détenteur n'étant obligé, en cette qualité, qu'aux dettes hypothécaires, est tout à fait étranger aux portions de la même créance inscrites sur des immeubles autres que celui qu'il détient. Si la créance est divisée quant à son payement, ce n'est que la conséquence du droit de suite hypothécaire, et des obligations imposées au tiers détenteur.

Si l'on suppose, par exemple, que le capital soit inscrit sur un immeuble, et que les intérêts non conservés de droit par l'inscription du capital, soient inscrits sur un autre immeuble, il suffira au tiers détenteur d'offrir le capital avec les intérêts de deux années et la courante; et, au moyen de ces offres, tenant lieu de payement, il sera subrogé de plein droit (1).

D'où il suit que le tiers détenteur pourra, quant au capital auquel il est subrogé, primer les intérêts restés dus au créancier, si le capital est inscrit sur le même immeuble que les intérêts postérieurs, mais à une date plus ancienne. Comme il satisfait à ses obligations en payant toute la dette hypothé-

(1) Cass., 21 déc. 1836. Sirey, 37, 1, 51.

caire, on ne peut dire que le créancier n'ait reçu qu'un payement partiel, et que, pour le surplus de sa créance, il doive être préféré, suivant l'article 1252.

27. L'article 1251, en parlant du prix, n'accorde-t-il la subrogation légale que jusqu'à concurrence des créances acquittées au moyen de ce prix? Acquéreur d'un immeuble au prix de vingt mille francs, je paye ces vingt mille francs aux premiers créanciers hypothécaires. Mais il y en a d'autres qui me menacent de poursuites et d'éviction. Pour y échapper, je les paye. Littéralement, ce n'est pas avec le prix de mon acquisition que je les désintéresse, puisque je l'ai déjà employé au payement d'autres créances. Cependant j'ai droit à la subrogation légale, aussi bien pour les sommes payées plus tard aux créanciers hypothécaires, que pour les vingt mille francs payés d'abord. J'ai, en effet, le même intérêt à effectuer le dernier payement, puisque c'était le seul moyen de me soustraire aux poursuites des créanciers. Qu'importe que j'aie payé avec les vingt mille francs, prix de mon acquisition, ou avec d'autres deniers? Il n'en est pas moins vrai que j'ai payé à titre d'acquéreur, et pour consolider mon acquisition. Si la loi parle de prix, c'est seulement parce que l'acquéreur n'emploie le plus ordinairement que son prix, et ne l'excède pas. D'ailleurs, je puis me réfugier dans le n° 3 de notre article, et dire que si j'ai payé, c'est comme tenu pour d'autres, et comme ayant intérêt à acquitter la dette; autre cas de subrogation légale (1).

28. Si l'acquéreur avait imprudemment commencé par payer son prix d'acquisition entre les mains du vendeur, et que plus tard il eût désintéressé les créanciers hypothécaires, il n'en serait pas moins subrogé à leurs droits. Les raisons que nous venons de donner sont également applicables à ce cas. Nous ajoutons que si l'acquéreur n'avait pas désintéressé les créan-

(1) Renusson, ch. 5. — Duranton, t. 12, n° 157.

ciers hypothécaires, il eût été dépouillé de la chose, par suite du délaissement ou de l'expropriation. Dès lors il aurait eu un recours à exercer contre son vendeur; et ce recours eût été primé par les créanciers hypothécaires. Il n'est donc, à tout prendre, qu'un créancier en payant un autre qui lui est préférable, et obtenant ainsi la subrogation de plein droit, suivant le n° 1 de l'article 1251. Il y a toutefois cette différence, que le payement par lui effectué n'est pas seulement destiné à assurer son recours, mais encore à consolider sa propriété; ce qui en double la faveur (1).

29. Nous ne voudrions pas nous jeter trop avant dans les questions hypothécaires. Il faut bien cependant, pour apprécier la subrogation, en examiner les effets les plus habituels. Je suis détenteur d'un immeuble grevé d'hypothèques. Sommé de payer ou de délaisser, je paye les créanciers hypothécaires; me voilà subrogé de plein droit, même aux hypothèques qui grèvent les biens possédés par d'autres tiers détenteurs. Je puis donc les poursuivre hypothécairement, sauf à eux à m'opposer d'abord le bénéfice de discussion (2170, 2171). Mais pour combien puis-je les poursuivre? Je ne le puis pour le total, mais seulement au prorata de ce que chacun d'eux et moi-même possédons d'immeubles hypothéqués à la même dette. En effet, si je pouvais sommer un seul détenteur de payer le total et qu'il payât, il se trouverait subrogé contre les autres et contre moi-même. La poursuite hypothécaire réfléchirait sur moi, par suite du circuit vicieux dans lequel se démènent les subrogations. Le seul moyen d'en sortir, c'est de restreindre ma sommation au prorata de ce que doit chaque détenteur, en raison de ce qu'il possède d'immeubles hypothéqués, sauf encore pour lui le droit de délaisser (2).

(1) RENUSSON, ch. 5. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 197. — DURANTON, *ibid.*

(2) LOYSEAU, *Déguerp.*, liv. 2, ch. 8, nos 9 et suiv. — POTHIER, *Orléans*, tit. 20, no 42; et *Hyp.*, ch. 2, sect. 1, § 6. — GRENIER,

Telle est l'opinion généralement suivie sous le Code civil.

Mais est-il bien vrai que cette répartition de la créance au prorata de la valeur des immeubles hypothéqués, soit le seul moyen d'échapper au circuit vicieux des subrogations? Ne suffirait-il pas que le subrogé déduisît du montant de sa créance la part proportionnelle pour laquelle doit contribuer l'immeuble qu'il détient? Ne pourrait-il pas agir ensuite indivisément pour le reste, contre le premier venu des tiers détenteurs, puis ce dernier contre un autre, toujours sa part déduite et confuse en lui? Il n'y aurait certainement plus de circuit vicieux, il n'y aurait plus ce *reflexus actionis hypothecariæ*, cette subrogation du créancier contre lui-même.

Cette question a été sérieurement agitée dans notre ancienne jurisprudence, pour les codétenteurs d'immeubles hypothéqués au service d'une rente. Les uns n'accordaient jamais qu'un recours divisé, à cause du prétendu circuit vicieux d'actions résultant des cessions d'actions successives et réciproques. Les autres faisaient une distinction entre les actions personnelles et les actions hypothécaires. A celui qui avait obtenu une cession d'actions personnelles, comme un coobligé solidaire, un cofidéjusseur, ils accordaient un recours solidaire contre qui bon lui semblait; à celui qui avait pris cession d'actions hypothécaires, comme un codétenteur d'héritage affecté à une rente, au payement de laquelle les codétenteurs n'étaient obligés qu'hypothécairement, ils ne reconnaissaient que le droit d'agir contre les autres codétenteurs pour les portions par eux détenues des héritages hypothéqués, et non solidairement contre un seul d'entre eux. D'autres enfin, effaçant toute distinction, accordaient dans tous les cas un recours solidaire, sous la déduction seulement de sa part contributive (1).

Hyp., t. 2, n° 494. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 788 *ter*. — DURANTON, t. 12, n°s 162 et suiv. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 211, 1re édit., et t. 3, p. 445, et t. 4, p. 188, 4e édit. — *Contrà*, GAUTHIER, n°s 468 et suiv.

(1) BACQUET, *Droits de justice*, ch. 21, n° 241. — FERRIÈRE, *Paris*, art. 108, § 4, n°s 8 et suiv.

Nous discuterons plus loin la question relative aux codébiteurs solidaires et aux cofidéjusseurs. Nous nous bornons à faire remarquer qu'il existe une disposition expresse qui divise leur recours (1214, 2033).

Mais en existe-t-il une semblable concernant le codétenteur qui, après avoir pris subrogation du créancier hypothécaire qu'il a payé, en exerce les droits contre les autres détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette? Nulle part, il est vrai, la loi n'a spécialement prévu le recours que les codétenteurs ont à exercer les uns envers les autres. Diverses dispositions nous portent, cependant, à diviser ce recours. En effet, d'après l'article 875, le cohéritier ou successeur à titre universel qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers. C'est dans ce sens que l'article 1221 lui assure un recours contre ses cohéritiers. Or, le cohéritier qui paye la totalité de la dette hypothécaire ne le fait, pour tout ce qui excède sa part virile, que comme tiers détenteur. En cette qualité, il est sans doute subrogé; néanmoins, cette subrogation légale ne lui profite que pour assurer l'exercice de son recours divisé contre chacun de ses cohéritiers.

Ce que les articles 875 et 1221 disent du recours des cohéritiers entre eux, il convient de l'appliquer d'abord aux codébiteurs simplement conjoints, et, par suite, à tous ceux qui, en une qualité semblable, sont tenus d'acquitter une dette qui pèse également sur tous. Telle est précisément la position des codétenteurs d'immeubles hypothéqués. Chacun d'eux est également, et en la même qualité, tenu, par l'effet de l'hypothèque, de payer la totalité de la créance. Celui qui l'aura payée aura sans doute un recours pour la totalité envers le débiteur, personnellement obligé; mais le recours qu'il pré-

tend exercer contre chacun de ses consorts devra se diviser, dans la proportion des immeubles qu'il détient, parce que sa détention est le principe même de son obligation hypothécaire. Si donc nous lui refusons un recours intégral, ce n'est pas à raison d'un prétendu cercle vicieux qu'il est facile de prévenir, mais seulement à cause des dispositions de la loi, qui divisent expressément ce recours, dans tous les cas où les coobligés sont tenus d'une dette commune, en une qualité semblable, par l'effet d'une obligation personnelle ou hypothécaire.

Quant à la base de la répartition de la dette entre les tiers détenteurs, si nous l'établissons sur la valeur respective des immeubles détenus par chacun d'eux, c'est d'abord, ainsi que nous venons de l'énoncer, que cette possession étant le principe même de leur engagement, doit également servir de mesure à leur contribution, et qu'ensuite le bénéfice que chacun d'eux a retiré du payement qu'il a fait, correspond exactement à la valeur des immeubles dont il a entendu consolider la propriété sur sa tête.

30. Si des biens hypothéqués à la dette se trouvent encore dans les mains de celui qui est personnellement obligé, le subrogé pourra sans doute exercer contre lui son hypothèque pour le montant intégral de la créance. Mais nous ne croyons pas que ces immeubles doivent compter pour la répartition du recours du subrogé contre les autres codétenteurs. Si, en effet, le subrogé confondait en lui une part de la dette, non-seulement en raison de ce qu'il détient d'immeubles, mais encore en raison de ce qui en est resté dans les mains du débiteur, on lui laisserait ainsi tous les risques de son action contre ce dernier. Or, n'est-il pas plus juste que la confusion qui doit s'opérer dans la personne du subrogé, ne se mesure qu'en proportion des immeubles passés aux mains des tiers détenteurs, puisqu'alors chacun d'eux, subrogé proportionnellement aux droits du créancier, entrera dans la commu-

nauté des risques que peut présenter l'exercice d'un recours contre le débiteur (1)?

Par exemple, Paul doit six mille francs, hypothéqués sur un domaine qui en vaut douze mille. Il vend des héritages à l'un pour mille francs, à l'autre pour deux mille francs, à moi-même pour trois mille francs. Je paye, comme tiers détenteur, six mille francs au créancier. Je suis subrogé. Je puis agir, pour la totalité de mon recours, contre le débiteur, et contre chacun des autres codétenteurs, suivant la part d'immeubles qu'il détient. Mais si l'on compte dans la répartition ce que je détiens et ce que détient mon vendeur, je ne pourrai agir que pour quinze cents francs contre les codétenteurs; car je confonds en moi, 1° trois mille francs pour les six mille francs d'immeubles restés aux mains du débiteur; 2° quinze cents francs pour les trois mille francs d'immeubles par moi acquis. Or, cette répartition répugne au droit et à l'équité, en ce qu'elle me laisse tous les risques de mon recours contre l'obligé personnel. Aussi, faisant abstraction de ce qu'il a gardé d'immeubles, ma part contributive sera-t-elle fixée seulement à trois mille francs, en raison de ce que je détiens d'immeubles, proportionnellement avec ceux détenus par les autres acquéreurs Par là, ils s'associeront avec moi aux risques de notre recours contre le débiteur.

31. Poursuivons l'esprit de la loi, et élargissons le cercle de la subrogation légale. Nous avons vu que l'acquéreur acquiert la subrogation de plein droit, non-seulement pour avoir employé son prix à payer les créanciers hypothécaires, mais encore pour les avoir désintéressés au moyen de sommes prises en dehors et en sus de son prix. Ce point établi nous mène à cette conséquence, que nous posons tout d'abord et en principe : c'est que tout tiers détenteur, à quelque titre que ce soit, qui désintéresse les créanciers hypothécaires, afin

(1) *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 164.

d'échapper à leurs poursuites, obtient la subrogation de plein droit. Il ne s'agit plus, sans doute, de prix d'acquisition employé au payement; mais il s'agit d'une obligation et d'un intérêt incontestable au remboursement; ce qui suffit.

Nous voilà donc anticipant, à cet égard, sur le commentaire du n° 3 de l'article 1251. Cette anticipation se justifie par une double excuse. Le cas de subrogation légale prévu au n° 2 a une très grande affinité avec celui prévu au n° 3. Il est, en effet, manifeste que, si l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition à payer les créanciers hypothécaires, obtient la subrogation légale, il l'acquiert bien moins à cause de la nature spéciale des sommes qui ont servi au payement, qu'à raison de sa position particulière vis-à-vis des créanciers qu'il paye, laquelle l'oblige et l'intéresse à leur remboursement. D'autre part, l'acquéreur d'un immeuble grevé de priviléges et d'hypothèques, étant un tiers détenteur en vertu d'un titre spécial, il convient de rapprocher sa situation de celle des autres tiers détenteurs, en vertu de titres différents. Car tous les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués se ressemblent par le côté de cette qualité dominante de tiers détenteurs.

32. L'échange a la plus grande analogie avec la vente. Il y a néanmoins, sous le rapport des équivalents respectifs, cette différence que la vente a lieu avec un prix, l'échange avec des choses : *Emptio fit pretio, permutatio fit rebus* (1). Si donc les choses respectivement échangées sont des immeubles grevés d'hypothèques ou de priviléges, et que les échangistes, pour échapper aux poursuites hypothécaires, aient payé les créanciers, ils seront subrogés de plein droit. Un seul enfin sera subrogé, si un seul a payé les créanciers ayant hypothèques sur la chose par lui reçue.

33. Le donataire qui paye les créanciers hypothécaires

(1) L. 7, C. *De rerum permut.*

obtient de même la subrogation légale (1). En effet, ils sont ou les créanciers personnels du donateur, ou les créanciers personnels des auteurs de ce dernier. S'ils sont les créanciers personnels du donateur, le donataire qui les a payés a un recours contre lui, non pas à titre de garantie, car le donateur n'est pas garant (2), mais à titre de *negotiorum gestorum*, de gestion d'affaires (3). C'est en ce sens qu'il faut entendre, à son égard, l'article 2178, qui ne parle, après tout, que d'une garantie telle que de droit, susceptible de modifications, suivant la qualité du tiers détenteur. Le donataire aura pour l'exercice de ce recours la subrogation légale.

Si les créanciers payés par lui sont les créanciers personnels, non du donateur, mais des précédents propriétaires, le donataire leur sera encore subrogé de plein droit. Mais il n'aura aucun recours contre le donateur, parce que les sommes par lui payées n'ont pas tourné à son profit, à l'extinction de ses dettes personnelles. Il n'aura de recours en garantie que contre les détenteurs précédents, personnellement obligés, et par voie de subrogation seulement contre eux.

34. La société est une personne morale qui a tous les droits d'un acquéreur contre l'associé qui a promis de conférer la propriété d'une chose. En conséquence de ce principe, elle a, en cas d'éviction, un recours en garantie (1845), de la même manière que contre un vendeur. Si donc la chose apportée est grevée d'hypothèques, et que la société, pour se soustraire à leurs poursuites, paye les créanciers hypothécaires, elle leur sera subrogée de plein droit.

35. « Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du

(1) Duranton, t. 12, n° 160. — Gauthier, n°s 279 et 366.

(2) L. 18, § 3, *ff. De donat.*

(3) Pothier, *Orléans*, tit. 15, n° 65. — Troplong, *Hyp.*, n° 969. — Grenier, *Donations*, t. 1, n° 97. — Toullier, t. 5, n° 207. — Gauthier, n° 336.

créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel (874), » si la dette est une dette personnelle du défunt, et contre ceux qui étaient personnellement obligés, si le défunt n'était lui-même tenu qu'hypothécairement. Mais il est clair que cette subrogation n'a pas lieu au préjudice des autres créanciers du défunt, puisque les legs ne produisent effet qu'après toutes les dettes payées.

36. « Le cohéritier ou successeur à titre universel qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers (875). » La loi a voulu, par une division absolue de la dette et l'isolement d'un recours individuel, éviter un circuit d'actions qui multiplierait les difficultés. Cependant, en cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres au marc le franc (876).

Cette contribution dans les insolvabilités a pour but de maintenir l'égalité du partage; et il s'ensuit que l'action se divise non-seulement dans l'hypothèse spécialement prévue par l'article 875, mais encore au cas où le cohéritier est censé se payer lui-même sa propre créance, comme créancier de l'auteur commun, dès avant l'ouverture de la succession, ou comme l'étant devenu depuis, par suite d'un prêt qu'il aurait fait à la succession sous une affectation hypothécaire. La garantie dont il est tenu relativement à la composition des lots, entraîne la division de son recours, de même qu'elle explique la répartition des insolvabilités à son profit. Mais cette répartition n'aurait pas lieu si la dette était simplement chirographaire, parce qu'alors les cohéritiers ne pouvant être poursuivis que pour leur part et portion virile, les insolvabilités retombent sur le créancier.

Nous devons présenter sur ce point quelques observations, qui rentrent spécialement dans la matière des subrogations.

37. L'article 875 fait d'abord exception en faveur du cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le payement de sa créance personnelle comme tout autre créancier. Nous voyons même qu'il est subrogé de plein droit, suivant le n° 4 de l'article 1251. Et de là il suit qu'il peut agir contre tous et chacun de ses cohéritiers, comme aurait pu le faire le créancier primitif lui-même, sous cette seule différence, néanmoins, qu'il est obligé de faire confusion en lui de ce dont il doit personnellement contribuer, non pour une part virile, mais en proportion de son émolument effectif (1).

38. L'article 875 ne dit pas que le cohéritier qui a payé la totalité de la dette, comme tenu hypothécairement, soit subrogé de plein droit, en ce sens du moins qu'il puisse se prévaloir de la subrogation légale pour l'exercice de son recours individuel contre les autres successeurs universels, ou à titre universel. Pour n'en rien dire, la loi ne l'exclut point, et l'article 875 se complète par l'article 1251, n°s 2 et 3. Le recours qu'il lui donne contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel est garanti par la subrogation légale; et voici comment : D'autres immeubles hypothéqués à la même créance peuvent se trouver dans les lots de tous ou de quelques-uns des autres cohéritiers. Or, la subrogation aura pour effet, non pas d'autoriser le cohéritier qui a payé la totalité à poursuivre hypothécairement, sous la déduction de sa part virile, les cohéritiers détenteurs des immeubles hypothéqués; ce serait contraire aux dispositions formelles de l'article 875; mais elle aura pour résultat de garantir par une hypothèque le recours à exercer, pour sa part et portion virile, contre chacun des

(1) Duranton, t. 7, n° 448. — Zachariæ, t. 4, p. 513, 1re édit., et t. 6, p. 686, 4e édit. — Gauthier, n° 477.

cohéritiers détenteurs de biens hypothéqués (1). Et cette subrogation, toute restreinte qu'elle est, est encore une garantie efficace, au profit de tous, contre les insolvabilités qu'ils ont à répartir entre eux.

Mais l'article 874, qui s'occupe du cas où un légataire particulier a payé une dette dont il était tenu hypothécairement, ne soumet à aucune restriction la subrogation légale qu'il établit à son profit. Il pourra donc, en vertu de cette subrogation, absolument comme le créancier originaire, poursuivre pour le tout hypothécairement chaque cohéritier ou successeur à titre universel.

39. Faut-il aller plus loin? Légataire particulier par préciput, je puis joindre à cette première qualité, celle de cohéritier ou de successeur à titre universel. Poursuivi hypothécairement comme légataire particulier, je suis d'après l'article 874, subrogé aux droits du créancier que je paye. Je le représente, je suis, en son lieu et place, créancier de la succession. Il est vrai qu'une confusion s'opère sur ma tête, jusqu'à concurrence de ce que je dois me payer à moi-même, comme cohéritier ou successeur à titre universel. Mais pour le surplus, puis-je poursuivre hypothécairement celui ou ceux de mes cohéritiers qui sont détenteurs d'immeubles hypothéqués à ma créance? Pourquoi, dit-on, ne le pourrais-je pas? Il ne faut pas perdre de vue que ma position de légataire particulier est différente de la position de cohéritier. En payant une dette hypothécaire comme légataire particulier et tiers détenteur, j'ai bien un recours contre les autres héritiers et contre moi-même pour ma part virile héréditaire; mais si mon recours est divisé, et que quelques-uns des cohéritiers soient insolvables, voilà que, comme légataire particulier, je supporte toutes ces insolvabilités; car il ne se fait pas de répartition

(1) Duranton, t. 7, n° 447. — Zachariæ, t. 4, p. 505, 1re édit., et t. 6, p. 680, 4e édit.

entre le légataire particulier et les héritiers ou successeurs à titre universel. Or, la subrogation a eu précisément pour objet de garantir le plus possible le recours du légataire. Je pourrai donc en user pleinement. Seulement, en sus de la part éteinte par confusion, j'aurai encore à déduire ma part dans les insolvabilités, comme cohéritier (1).

Il n'en doit pas être autrement au cas où un légataire particulier, tenu hypothécairement des dettes de l'hérédité, a plus tard pour successeur l'un des héritiers de cette succession, ou succède lui-même à l'un d'eux. Nonobstant la double qualité de légataire particulier, et d'héritier ou successeur universel réunie sur la même tête, le légataire ou son successeur qui a été obligé hypothécairement d'acquitter les dettes de la succession, n'en aura pas moins, en cette qualité de légataire, et en vertu de la subrogation légale, le droit de poursuivre, lui-même hypothécairement les autres héritiers, ses consorts, en sa qualité d'héritier, sauf à lui à faire confusion en lui-même de sa part virile dans la dette, et de sa part contributive dans les insolvabilités, s'il y a lieu.

Mais ces solutions ne sauraient être acceptées, parce qu'elles se fondent sur des arguments qui ne sont que spécieux. Le cohéritier qui a payé une dette de la succession, en qualité de préciputaire détenteur d'immeubles hypothéqués, doit diviser son action indistinctement à l'égard de tous. Il n'est pas possible, en effet, de faire abstraction de son autre qualité de cohéritier, en laquelle il est tenu de participer aux dettes et de ne rien faire qui soit contraire à l'égalité du partage. Il en résulte donc contre lui une exception, tirée de la garantie réciproque des lots, qui s'oppose à ce qu'il puisse poursuivre pour le tout, et seulement sous la déduction de sa part virile, un autre de ses cohéritiers détenteur d'immeubles hypothéqués. D'autre part, cette même qualité de cohéritier qui le

(1) Chabot, art. 875, n° 3.

soumet à l'exercice d'un recours divisé, lui donne droit, par les mêmes raisons, à la répartition des insolvabilités (1).

40. Nous avons vu jusque-là le tiers détenteur payer les créanciers hypothécaires pour consolider sa propriété, ou tout au moins sauver le prix à défaut de la chose. Mais ce n'est pas le seul cas où l'on ait intérêt à acquitter des dettes hypothécaires. Ceux qui n'ont qu'un droit aux fruits, ont également cet intérêt toutes les fois que la poursuite hypothécaire réagit sur leur droit de jouissance.

Nous n'avons rien à dire de plus de l'usufruitier, que ce que nous avons dit de tout tiers détenteur, parce que l'usufruit est un démembrement immobilier de la propriété, susceptible d'hypothèque, et soumis lui-même à la suite hypothécaire (2118) (2).

Nous n'avons, enfin, rien à dire du fermier, parce que les rapports que l'hypothèque établit entre le propriétaire et l'immeuble grevé, ne sont pas tels qu'il ne puisse en user et en jouir par le moyen d'un louage (3).

Mais il peut arriver que le bail n'ait pas de date certaine, ou que le fermier ait payé les fermages par anticipation. Or le bail, à défaut de date certaine avant le commandement en saisie, ne peut être opposé aux créanciers (684, C. pr.) (4), pas plus que le payement des fermages fait par anticipation, aussi sans date certaine avant la transcription de la saisie (5). Et telle est la position du fermier, locataire ou cessionnaire de fruits et jouissance qui paye, impute ou compense par anticipation, si

(1) Gauthier, n° 479.

(2) Gauthier, n° 358.

(3) Zachariæ, t. 2, p. 204, 1re édit., et t. 3, p. 429, 4e édit. — Troplong, *Hyp.*, n° 777 *ter*.

(4) Zachariæ, *ibid.*, 1re édit., et t. 4, p. 430, 4e édit. — Troplong, *Hyp.*, nos 404 et 777 *ter*.

(5) Art. 1328, n° 18.

l'on admet, ce qui est controversé (1), qu'il ne peut se prévaloir, au préjudice des créanciers hypothécaires, de ces payements, imputations et compensations anticipés, alors même qu'ils ont eu lieu sans fraude, de bonne foi, et par acte ayant date certaine antérieure, en ce qui concerne les loyers, fermages ou fruits échus postérieurement à la sommation adressée au tiers détenteur, ou à la transcription de la saisie, parce que les créanciers, par l'effet de leur action hypothécaire, ont droit aux fruits immobilisés, soit dès la sommation faite au tiers détenteur, soit à partir de la transcription de la saisie, pour être distribués avec le prix par ordre d'hypothèques (685, C. pr.).

Dans cette situation, le fermier, locataire ou cessionnaire de fruits, a intérêt à payer les créanciers poursuivants, afin d'assurer le droit de jouissance qu'il a stipulé, et qu'il a même payé par anticipation. Ce n'est pas, sans doute, un tiers détenteur, dans la rigueur légale du mot; il ne peut, en effet, être poursuivi par voie de sommation de payer ou de délaisser; ce n'est pas un cas de purge, d'offres, de surenchère et de tout ce qui s'ensuit. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il a un intérêt incontestable à effectuer un payement duquel dépend l'exercice de son droit, et s'il n'est pas en état d'invoquer le n° 2 de l'article 1251, il peut invoquer le n° 1 ; car il est un créancier chirographaire payant un créancier qui lui est préférable, à raison de ses hypothèques.

Nous en disons autant de l'antichrésiste, par cette unique raison que, s'il a une préférence sur les fruits à l'égard des

(1) ZACHARIÆ, *ibid.* — MERLIN, Rép., v° *Tiers détenteur*, et Quest., v° *Transport*, § 7. — DURANTON, t. 16, n° 506. — PERSIL, art. 2114. n° 7, — Nîmes, 28 janv. 1810. SIREY, 14, 2, 96. — Cass., 5 nov. 1813. SIREY, 14, 1, 6. — Rouen, 1er fév. 1854. SIREY, 56, 2, 398. — Cass., 23 mai 1859. SIREY, 60, 1, 72. — *Contrà*, GRENIER, *Hyp.*, n°s 142 et suiv. — DUVERGIER, *Louage*, n° 464. — TROPLONG, *Hyp.*, n°s 777 *ter* et suiv. — Rouen, 4 avril 1843. SIREY, 43, 2, 413. — Nîmes, 7 juill. 1852. SIREY, 53, 2, 53. — Colmar, 6 août 1851. SIREY, 54, 2, 429. — Rouen, 18 fév., 1854. SIREY, 56, 2, 38.

créanciers ultérieurs, il n'en a aucune sur le fonds, et qu'en payant les créanciers hypothécaires, antérieurs ou postérieurs, il paye des créanciers qui le priment, soit sur le tout, s'ils sont antérieurs, soit sur le fonds seulement, s'ils sont postérieurs (1).

§ 3.

41. En parlant de la subrogation qui s'opère au profit des tiers détenteurs qui payent les créanciers hypothécaires, nous avons devancé, sur une foule de points, le commentaire du n° 3 de l'article 1251. Nous avons eu soin de dire pourquoi; c'est que, à vrai dire, le n° 2 de cet article ne contient qu'une application spéciale du principe général posé dans celui que nous allons essayer maintenant d'expliquer.

« La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » (1251, 3°). Or, les cas où l'on est tenu pour ou avec d'autres, et où l'on a intérêt d'acquitter une dette sont si nombreux que, sans avoir la prétention de les poser tous, nous nous bornerons à en examiner les principaux.

42. Pesons, avant tout, les expressions de notre article. Il faut, pour acquérir la subrogation légale, cumulativement remplir cette double condition : être tenu pour ou avec d'autres, et avoir intérêt d'acquitter la dette. Celui qui est tenu pour ou avec d'autres, a sans doute par cela même intérêt au payement. Car on est toujours intéressé à acquitter sa dette, et le payement a dès lors tout l'intérêt de l'acquittement d'une dette personnelle. Mais il ne suffirait pas d'y avoir un intérêt quelconque, il faut y avoir un intérêt de coobligé. Ainsi, celui qui paye une dette qui est exclusivement propre soit à lui-même (2), soit à un tiers n'a pas droit à la subrogation légale.

(1) Gauthier, n° 363.
(2) Cass., 22 août 1871. Sirey, 71, 1, 230.

43. Il importe peu de quelle manière cette coobligation existe : que ce soit à titre d'engagement personnel, ou d'engagement réel; que l'on soit coobligé pour avoir engagé sa personne ou seulement ses biens, il suffit qu'on le soit pour ou avec d'autres. La loi ne fait, en effet, aucune distinction, et ne pouvait raisonnablement en faire. Comme cette subrogation légale est fondée sur l'intérêt qu'avait à payer la dette celui qui l'a acquittée, elle n'avait à exiger que la constatation d'une chose, l'existence de cet intérêt. Or, il est aussi sérieux, aussi réel, soit qu'il s'agisse de la libération de sa personne ou de l'affranchissement de ses biens, de la part du coobligé qui effectue le payement.

Lorsque la communauté d'obligation existe seulement parce que l'un est engagé par sa personne, et l'autre, par ses biens, il est vrai que celui-ci n'est pas tenu au payement de la dette par un engagement personnel. Ce n'est pas sa personne qui doit, c'est sa chose; de telle sorte que son obligation cesse quand cesse sa propriété ou sa possession. Mais si cette différence dans la manière dont une personne peut être tenue d'une dette, est digne de considération, quand il s'agit des poursuites à intenter par le créancier, elle ne l'est plus quand il s'agit de cette unique question : est-on ou n'est-on pas tenu? A-t-on ou n'a-t-on pas, en conséquence, intérêt d'acquitter la dette? En un mot, la subrogation légale dont nous nous occupons ici est fondée, non sur la qualité, mais sur le fait de la coobligation.

Voilà pourquoi, dans tout ce que nous avons dit des tiers détenteurs payant les créanciers hypothécaires, nous avons toujours rattaché leur subrogation à leur position de coobligés et d'intéressés au payement de la dette.

Par exemple, le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur (2077). Un tiers peut également constituer sa chose en antichrèse au profit du créancier d'autrui (2090). Il en est de même de l'hypothèque. La personne ne s'est pas obligée; aucun engagement personnel n'a été contracté; la chose seule

est affectée. Aussi, n'est-ce pas un cautionnement, mais une garantie réelle. Cependant le propriétaire de la chose engagée n'en est pas moins tenu pour ou avec d'autres de payer la dette, en ce sens que sa chose répond du payement. Il se trouve donc dans le cas de subrogation légale.

Mais il ne faut point considérer comme coobligé et comme pouvant invoquer le bénéfice de l'article 1251, le tiers qui, pour se soustraire aux conséquences d'une condition résolutoire, s'empresse de satisfaire aux obligations personnelles du débiteur. Par exemple, un acquéreur n'a pas payé son prix; les sous-acquéreurs, pour éviter l'éviction par suite de la résolution de la vente, payent le vendeur primitif; ils ne lui seront point subrogés de plein droit. C'est qu'ils ne sont point tenus pour ou avec le premier acquéreur du payement du prix, et que, quel que soit leur intérêt à prévenir la résolution, ils ne sont point coobligés dans la dette qu'ils ne font qu'acquitter dans les termes de l'article 1236, au nom et en l'acquit d'un tiers. Pour être tenus de l'action réelle en revendication, ils ne sont point coobligés dans la dette toute personnelle du prix. Ils ne peuvent donc être subrogés que conventionnellement.

Mais il devrait en être autrement, dans le cas où le vendeur primitif, poursuivant la résolution du contrat, aurait conservé son privilége ou ses hypothèques sur les immeubles qui, par suite de reventes, ont passé entre les mains de sous-acquéreurs. Si l'un de ces derniers, afin de se soustraire à l'action résolutoire, paye alors le vendeur, il est légalement subrogé, aux termes de notre article, comme étant tenu pour ou avec d'autres au payement de la dette, et il est, en conséquence, fondé à exercer son recours contre chacun des sous-acquéreurs tiers détenteurs (1), en remboursement de sa quote-part contributive dans la somme acquittée (2).

(1) Cass., 7 juill. 1851. Sirey, 51, 1, 653.
(2) Voy. *suprà*, n° 29

11. L'usufruitier universel ou à titre universel doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes, suivant le mode déterminé par l'article 612. Si donc, au lieu de laisser vendre, il paye le montant de la somme pour laquelle doit contribuer le fonds grevé d'usufruit, il est subrogé, pour l'exercice de son recours, aux droits du créancier contre le nu-propriétaire, comme étant tenu avec lui de la dette, aux termes de l'article 1251, n° 3. Car la pleine propriété répondant, comme gage des créanciers, de la totalité de la dette, il en est tenu, sinon par coobligation personnelle, du moins par suite de la détention de la chose; de plus, il a intérêt à en prévenir la vente et à empêcher sa dépossession.

Vice versâ, si c'est le nu-propriétaire qui paye, il sera subrogé aux droits du créancier, pour la répétition des intérêts contre l'usufruitier. Lui aussi est, en effet, tenu, pour ou avec un autre, qu'il libère nécessairement par l'avance qu'il fait. Si donc l'usufruitier se trouvait d'autre part détenteur, à quelque titre que ce fût, d'un immeuble hypothéqué à la créance, le nu-propriétaire serait bien fondé, en vertu de sa subrogation légale, à le poursuivre hypothécairement. Il primerait, par la même raison, si la dette acquittée était hypothécaire, les autres créanciers de l'usufruitier auxquels ce dernier aurait consenti hypothèque sur son usufruit.

Quant à l'usufruitier à titre particulier, il n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué. S'il est forcé de les payer, il a son recours contre le propriétaire (611). Il l'exerce même, mais seulement à la fin de l'usufruit, pour le remboursement du capital, sans intérêts, en vertu de sa subrogation légale aux droits du créancier payé, contre le nu-propriétaire qui n'est point tenu de la dette personnellement; par exemple, contre le légataire ou donataire à titre particulier de la nue-propriété, laquelle est soumise à l'hypothèque grevant indistinctement la propriété et l'usufruit. Dans ce dernier cas, en effet, l'usufruitier n'a pas laissé de libérer l'immeuble et d'améliorer la condition du nu-

propriétaire, jusqu'à concurrence du capital dont il a fait l'avance (1).

Réciproquement, si le nu-propriétaire, non débiteur personnel, avait été forcé, par suite de l'hypothèque, de payer le créancier, il serait de même subrogé à ses droits dans l'exercice de son recours contre l'usufruitier, mais pour les intérêts seulement durant l'usufruit. Car c'est dans cette mesure que ses avances lui ont profité, en libérant la jouissance de la chose. Ainsi, chacun d'eux ne fait, en définitive, et sauf son recours contre celui ou ceux qui sont tenus personnellement, que contribuer à l'affranchissement de la chose, dans la proportion des droits qu'il y prend, soit en usufruit, soit en nue-propriété.

45. Mais l'article 1251 prévoit surtout dans son n° 3 les coobligations principales ou accessoires fondées sur un engagement personnel, comme la solidarité et le cautionnement. Nous allons nous en occuper.

Le Code civil a introduit en ce point une importante innovation. Mais si la subrogation légale est une innovation comme règle de droit, elle n'est pas une nouveauté comme théorie. Dans la première des leçons solennelles qu'il fit à Dôle (2), Dumoulin avait soutenu, contre l'opinion commune des docteurs, qu'un codébiteur solidaire, une caution, et en général tous ceux qui payaient une dette dont ils étaient tenus pour ou avec d'autres, étaient subrogés de plein droit, quoiqu'ils n'eussent point demandé la subrogation, la cession d'actions. Suivant lui, ils devaient être présumés n'avoir payé qu'en vue et à condition de la subrogation, puisque, ayant le droit de l'exiger, il était tout simple et tout naturel d'admettre qu'ils n'y avaient point renoncé. Il faisait ainsi intervenir entre le créancier et le coobligé qui le payait, un pacte tacite de subrogation, fondé sur la nature même de l'acte. Et ce

(1) Demolombe, t. 10, n° 526.

(2) N°s 23 et suiv.

pacte tacite était le fondement sur lequel il élevait le principe de la subrogation de plein droit.

Cette opinion de Dumoulin, quelque raisonnable, quelque équitable qu'elle soit, ne fit pas fortune auprès de nos anciens jurisconsultes. Mais hommage devait être rendu de plus haut à son bon sens et à son équité. Elle l'a reçu du législateur moderne, qui lui a fait l'insigne honneur de la convertir en loi.

S'emparant de divers textes des lois romaines, Pothier (1) lui répondait que la subrogation de plein droit n'avait lieu que dans les cas formellement exprimés ; que si le coobligé avait le droit de requérir la subrogation, ce n'était pour lui qu'une simple faculté, dont il pouvait user ou ne pas user ; que si l'on n'est pas présumé renoncer à un droit, il faut du moins paraître en avoir usé, ce qui ne paraît pas, à défaut de déclaration ; que le payement fait par le coobligé, sans requérir la subrogation, n'établit point qu'il ait voulu autre chose que se libérer ; qu'en supposant l'intention d'acquérir la subrogation, cette volonté non exprimée n'est pas suffisante ; qu'en un mot, son droit consistant dans la faculté de la requérir, la subrogation ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requise (2) ; de telle sorte que le défaut de subrogation est imputable, plutôt à l'incurie de la personne qu'à l'iniquité de la loi.

Néanmoins, en Bretagne, on suivait le principe de la subrogation de plein droit (3).

On peut donc dire que le droit commun était, avant la promulgation du Code civil, qu'il n'y avait pas de subrogation de plein droit en faveur du codébiteur solidaire, de la caution, ou de tout autre coobligé qui payait la totalité de la dette. Il leur fallait une cession d'actions de la part du créancier.

(1) *Oblig.*, n° 280.

(2) Voy. RENUSSON, ch. 7, n° 68, et ch. 9, n° 5. — MERLIN, Rép., v° *Subrogation*, sect. 2, § 5.

(3) TOULLIER, t. 7, n° 147. — DUPARC-POULLAIN, *Principes de droit*, t. 7, p. 235.

Ce que ce principe avait de rigoureux et d'absolu était seulement tempéré par le droit qu'avait le coobligé d'exiger, en payant, la cession des actions, pour les faire valoir contre les autres débiteurs, tenus de l'indemniser (1). Ce droit se formulait par l'exception *cedendarum actionum;* et cette cession s'appelait aussi prestation des actions, *præstare actiones* (2). Le créancier était tenu de céder ses actions, en vertu de cette règle d'équité, qui veut que nous accordions aux autres ce qu'ils ont intérêt d'avoir, et que nous pouvons leur accorder sans dommage pour nous-mêmes (3).

Mais cette cession devait être faite ou requise dans le temps même du payement. Autrement, le payement ayant éteint la créance, il n'y avait plus rien à céder (4). Il ne restait alors que l'action résultant du quasi-contrat de gestion d'affaires ou du mandat.

46. Aujourd'hui que la subrogation s'opère de plein droit au profit de celui qui a payé la dette, au payement de laquelle il était tenu et intéressé pour ou avec d'autres, toutes ces questions de cession d'actions ont disparu, après avoir joué un grand rôle dans notre ancienne jurisprudence.

A la différence de notre ancien droit, qui se bornait à concéder la faculté de demander la cession d'actions, la loi nouvelle a fini par intervenir, par supposer une cession d'actions tacitement convenue, par reconnaître enfin la subrogation de plein droit. Et elle a bien fait; car son intervention s'autorise de la volonté présumée des contractants, de même qu'elle se justifie par les considérations les plus puissantes d'équité. La pratique y a gagné en simplicité, autant que la théorie en raison, et l'on ne voit plus, comme autrefois, la mauvaise foi spéculer sur l'erreur et la négligence d'un malheureux débiteur, payant sans prendre cession des actions de son créancier.

(1) L. 17, *ff. De fidejuss.* — Pothier. *Oblig.*, n° 520.
(2) L. 36, *ff. De fidejuss.* — L. 47, *ff. Loc. cond.*
(3) Pothier, *ibid.*
(4) Pothier, *Oblig.*, n° 521.

47. Parmi ceux qui sont tenus au payement d'une dette pour ou avec d'autres, figure au premier rang le débiteur solidaire. Il acquiert donc, en payant, la subrogation légale.

Mais l'article 1214 porte : « Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. » Il ne pourra donc se prévaloir de la subrogation légale, que pour son recours divisé contre chacun de ses codébiteurs. Si, par exemple, le montant de la dette est de trois mille francs, et que les trois codébiteurs y prennent chacun une part et portion égale, celui qui aura payé toute la dette aura son recours pour mille francs contre chacun des deux autres, et pour quinze cents francs, s'il s'en trouve un complètement insolvable. Mais voici où commencent les avantages de la subrogation légale : si le créancier a des hypothèques sur les biens des deux autres codébiteurs, celui qui a fait le payement pourra les exercer, jusqu'à concurrence de la quotité de son recours contre chacun d'eux. Ainsi se concilient les principes de la subrogation avec ceux de la division du recours.

48. Ici se présente une question grave. De ce que le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux, ainsi que leur part contributive dans les insolvabilités, s'ensuit-il qu'il ne puisse pas, en vertu de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier, poursuivre solidairement les autres, sous la déduction seulement de sa portion dans la dette et dans les insolvabilités ?

Les auteurs étaient autrefois divisés là-dessus. Les uns pensaient que le coobligé solidaire qui s'était fait subroger pouvait poursuivre solidairement les autres pour le tout, sa por-

tion déduite, et à la charge aussi de supporter sa portion des insolvabilités, s'il y en avait (1),

Les autres soutenaient, au contraire, que, malgré cette cession d'actions, le codébiteur solidaire n'avait contre les autres qu'un recours divisé, parce que, autrement, étant tenu de céder ses actions, il subrogerait contre lui-même; de telle sorte que cette cession d'actions roulerait incessamment dans un cercle vicieux (2).

La division s'est perpétuée entre les auteurs qui ont écrit sous le Code civil. Dans une dissertation savante et approfondie, M. Toullier (3) démontre clairement que ce prétendu cercle vicieux n'existe pas; qu'en effet, le codébiteur subrogé ne pouvant poursuivre solidairement les autres que sous la déduction de sa part dans la dette et dans les insolvabilités, sa portion confuse en lui, comme on disait autrefois, il n'a aucune action à céder contre lui-même, puisque, en ce qui le concerne, il a acquitté toutes ses obligations; que, dès lors, il en est de ce cas comme de la confusion, qui n'éteint la dette que pour la part et portion du débiteur ou du créancier sur la tête duquel elle s'opère; que rien n'empêche le créancier de céder sa créance, ni l'un des codébiteurs d'en devenir cessionnaire, sauf l'extinction partielle résultant de l'impossibilité de fait et de droit où il est de se payer lui-même; que, dans ce cas, en sa qualité de cessionnaire, il pourrait fort bien agir solidairement contre les autres débiteurs, sa part déduite. Arrêtons-nous là; car nous repoussons la conséquence que M. Toullier tire de ces prémisses.

(1) MAYNARD, liv. 8, ch. 98. — D'OLIVE, liv. 4, ch. 31. — CATELAN, liv. 5, ch. 49. — SOULATGES, *Hyp.*, p. 208 et 215. — FERRIÈRE, *Paris*, art. 108, § 4, n° 2. — LOYSEAU, *Déguerp.*, liv. 2, ch. 8, n° 11. — ARGOU, liv. 4, ch. 2, t. 2, p. 324.

(2) FAVRE, *Conject.*, liv. 11, ch. 11. — BOUCHER-D'ARGIS, *Notes sur Argou*. — POTHIER, *Oblig.*, n° 281. — RENUSSON, *Subrogation*, ch. 8.

(3) T. 7, n° 163.

Qu'il n'y ait pas de cercle vicieux dans le conflit de ces subrogations successives, telles qu'elles se font, jusqu'à extinction, en faveur de chaque codébiteur, nous le reconnaissons. Mais, pour en conclure que la subrogation conventionnelle au profit de celui qui a payé, a pour effet de lui donner action solidaire contre les autres, sa part seulement confuse en lui, il faudrait qu'il n'existât théoriquement que cette objection du cercle vicieux. Or, il y a une objection autrement grave ; il y a le texte de l'article 1214 : « Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. » *Ne peut,* ces expressions sont exclusives d'un recours plus étendu. Elles limitent et restreignent exclusivement à cette mesure l'action du subrogé envers les autres codébiteurs. Son recours ne saurait la dépasser.

Et qu'on ne dise point que l'article 1214 ne dispose que pour le cas de subrogation légale, non pour celui de subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Nous ne comprenons pas, en effet, ce qu'une subrogation conventionnelle, ainsi consentie par le créancier, pourrait donner de plus au subrogé que la subrogation légale. Car la subrogation légale n'a pas d'autre fondement que le pacte tacite de subrogation conventionnelle. Aux yeux de la loi, cette fiction du pacte tacite est la réalité même. La subrogation conventionnelle expresse ne saurait donc produire d'autres effets que la subrogation conventionnelle tacitement présumée, c'est-à-dire la subrogation légale ou de plein droit. Si l'une, enfin, ne donne qu'un recours divisé, l'autre ne saurait donner un recours solidaire.

Aussi, l'article 1214 ne distingue-t-il pas. Il divise le recours du débiteur qui a payé, sans distinction. Nous ne devons pas plus distinguer que la loi. Cette interprétation du texte se fortifie par cette considération qui nous paraît décisive : c'est que le législateur du Code civil savait très bien quelles difficultés avait soulevé, dans l'ancien droit, la question du

recours du codébiteur solidaire conventionnellement subrogé, par la voie de la cession d'actions, la seule praticable alors. N'est-ce pas pour couper court à toutes ces discussions qu'il a employé les termes si énergiquement exclusifs de l'article 1214? Ne serait-ce pas une vaine redondance que d'avoir ajouté, comme dans l'article 875 : alors même qu'il se serait fait subroger aux droits du créancier?

Que ce soit là une exception aux principes ordinaires de la subrogation, peu importe. Il suffit que l'exception existe pour qu'elle doive être appliquée, indistinctement, à tous les cas de subrogation légale et conventionnelle en faveur du codébiteur solidaire (1).

Elle est également applicable au cas où le créancier aurait expressément déclaré vendre, céder, transporter sa créance, si ces mots ne sont destinés qu'à masquer une véritable subrogation. Mais s'il s'agissait d'une cession sérieuse, ce qui est abandonné à l'appréciation des tribunaux, et peut se présenter quelquefois, alors le cessionnaire, à la différence du subrogé, pourrait poursuivre pour le tout chacun des codébiteurs, sous la seule déduction de sa part confuse en lui-même (2).

49. La caution se soumet envers le créancier à satisfaire à l'obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (2001). Elle est donc tenue pour d'autres. Aussi, en payant la dette, ou en obtenant, à son profit exclusif, une remise partielle ou totale (3), est-elle subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (2029). Peu importe qu'elle se soit obligée

(1) Duranton, t. 11, n° 244, et t. 12, n° 167. — Zachariæ, t. 2, p. 274, et p. 379, nte 40, 1re édit., et t. 4, p. 31 et 187, 4e édit. — Delvincourt, t. 2, p. 717. — Troplong, *Caut.*, nos 433 et suiv. — Rodière, n° 133. — Gauthier, n° 405 et suiv. — Mourlon, p. 47.

(2) Rodière, n° 134. — Gauthier, n° 422.

(3) Troplong, *Caut.*, nos 334 et suiv. — Gauthier, nos 336 et 337.

au su ou à l'insu du débiteur, ou même contre son gré (1). Car elle tient ses droits de la promesse tacite que le créancier, en l'acceptant, lui a faite de la subroger. Du reste, cette subrogation a lieu sans préjudice des droits plus étendus qu'elle peut avoir en sa qualité de caution, et de son chef personnel, en dehors de toute subrogation de droit.

50. Si donc il y a plusieurs débiteurs solidaires qu'elle ait tous cautionnés, elle pourra poursuivre chacun d'eux par la voie de la solidarité, comme aurait pu le faire le créancier aux droits duquel elle est subrogée (2030). Elle aura même ce recours contre chacun des codébiteurs, pour la totalité de ce qu'elle aura payé, soit qu'elle les ait cautionnés tous ensemble, ou seulement quelques-uns d'entre eux, ou même un seul (2).

Plusieurs auteurs pensent, cependant, que si elle ne les avait pas tous cautionnés, qu'elle n'en eût cautionné qu'un seul, par exemple, elle n'aurait d'action contre les autres que pour leur part et portion virile. Ils fondent cette opinion sur ce que l'article 2030 suppose un cautionnement de tous les codébiteurs solidaires, d'où ils tirent la conséquence que, si la caution ne s'est obligée que pour un seul, elle n'a plus contre les autres de recours solidaire (3).

Mais cet argument *a contrario* ne nous paraît pas devoir l'emporter sur les principes généraux de la subrogation. Car la solidarité fait que le cautionnement s'étend à toute la dette, et que la caution en est tenue pour tous. M. Duranton donne

(1) Zachariæ, t. 3, p. 161, 1re édit., et t. 4, p. 686, 4e édit. — Duranton, t. 18, n° 317. — Troplong, *Caut.*, n° 329. — Gauthier, n° 345.

(2) Marcadé, art. 1252, n° 3. — Gauthier, nos 433 et suiv. — Cass., 10 juin 1861. Sirey, 61, 1, 577.

(3) Zachariæ, t. 3, p. 162, 1re édit., et t. 4, p. 687, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 170, et 18, n° 355-369. — Ponsot, *Caut.*, n° 261. — Troplong, *Caut.*, n° 379. — Cass., 19 avril 1854. Sirey, 55, 1, 18. — Grenoble, 30 juillet 1859. — Sirey, 60, 2, 190.

pour raison de la division de son recours, que la caution est seulement subrogée aux droits des débiteurs qu'elle avait cautionnés, et que ceux-ci, s'ils avaient eux-mêmes payé la dette, n'auraient eu contre leurs codébiteurs qu'un semblable recours. Mais c'est là une évidente préoccupation de l'estimable professeur, et une réminiscence de l'opinion de Pothier (1), qui ne donne effectivement à la caution qu'un recours divisé contre les codébiteurs solidaires qu'elle n'a point cautionnés. Pourquoi? C'est que la caution n'est pas subrogée, qu'elle agit par action *mandati contraria*, ou *negotiorum gestorum*; et, dans ce cas, il est bien certain qu'elle n'a de recours à exercer contre eux, que comme exerçant les droits du débiteur cautionné par elle. Mais, aujourd'hui, la subrogation se fait de plein droit au profit de la caution; donc elle n'en est pas réduite à n'exercer que les droits de son débiteur. Elle est à la place de l'ancien créancier, elle use de ses droits. Avec ces principes nouveaux de la subrogation légale, on arrive à d'autres conséquences.

Il n'est plus vrai, en effet, que la caution soit subrogée aux droits du débiteur qu'elle a cautionné. Elle est légalement subrogée aux droits du créancier, et, bien loin qu'à l'égard de ceux dont elle n'est point caution, elle soit, dans l'exercice de son recours envers eux, seulement le représentant de celui qu'elle a cautionné, et qu'elle n'ait d'autres droits que les siens, elle exerce, au contraire, proprement les droits et actions du créancier. Remarquons ensuite qu'en lui accordant contre tous un recours solidaire, nous n'aggravons la condition d'aucun des codébiteurs; elle reste exactement la même que si un étranger avait payé avec subrogation conventionnelle, en dehors de tout cautionnement préalable. Sans doute, le débiteur, en payant, n'aurait acquis qu'un recours divisé. Mais, qu'importe à la caution qui n'est liée qu'envers le créancier, et n'a contracté aucun engagement exprès ou tacite envers les engagés principaux?

(1) *Oblig.*, n° 440.

Vainement, M. Troplong objecte un circuit vicieux d'actions, fondé sur ce que la caution, de même que le créancier, doit subroger à ses droits contre elle-même le codébiteur qui la paye. Cette objection repose sur une grave erreur. D'une part, en effet, l'exception *cedendarum actionum*, n'a pas lieu en matière de solidarité, et, d'autre part, bien loin que la caution soit tenue, en recevant payement, de subroger contre elle-même les autres codébiteurs non cautionnés par elle, elle a, au contraire, comme subrogée aux droits du créancier, un droit qui a toute la supériorité de la créance sur la dette. Ainsi, revient toujours la question que nous avons posée : le créancier avait-il une action divisée contre les codébiteurs solidaires? Non. Donc, la caution peut agir solidairement comme lui. Qu'importe qu'elle n'en ait cautionné que quelques-uns? Il n'en est pas moins vrai qu'en s'obligeant même pour un seul, elle s'est obligée pour toute la dette, à cause de la solidarité, et qu'elle a droit ainsi à une subrogation légale qui lui donne l'action solidaire du créancier contre tous, de même qu'une subrogation conventionnelle consentie par ce dernier. Notez que M. Duranton reconnaît, au cas de subrogation conventionnelle, un recours solidaire (1); mais, en vérité, que peut donner de plus que la subrogation légale, cette sorte de subrogation qui est sous-entendue dans l'autre?

L'opinion que nous combattons a pour conséquence de laisser à la charge de la caution, pour sa part contributive dans la dette, l'insolvabilité de celui qu'elle a cautionné. Ainsi, supposons trois codébiteurs solidaires, et une dette de trois mille francs; je cautionne l'un d'eux, et je paye. Si je n'ai contre les deux autres qu'un recours divisé, montant à mille francs, comme exerçant les droits du codébiteur dont j'ai été caution, et qu'il soit insolvable, je perdrai mille francs; tandis que si le créancier avait commencé par poursuivre les deux autres, je n'aurais rien eu à payer du tout, et n'aurais été exposé à

(1) *Ibid.*

aucun recours. Car mon cautionnement n'est intervenu que pour assurer vis-à-vis du créancier le payement de la dette, et non le recours des autres codébiteurs contre celui que j'ai cautionné. Qui ne sent l'iniquité d'un pareil résultat?

Mais si je m'étais précisément porté caution de l'un des engagés solidaires, non pas pour assurer le payement de la dette à l'égard du créancier, mais pour garantir le recours des autres coobligés contre celui que j'ai cautionné, il est hors de doute que, dans ce cas, je n'aurais d'action pour le tout en remboursement, que contre celui dont je me serais rendu caution, et que je ne pourrais exercer de recours contre les autres que d'une manière divisée. Le cautionnement que j'ai contracté envers eux s'oppose à ce que j'exerce mon recours contre un seul pour le tout, puisque je reste encore garant envers lui pour la part contributive de celui que j'ai cautionné dans la dette et l'insolvabilité des autres. La nécessité même de contribuer à ce risque emporte de droit la division de mon action. Je ne puis enfin agir que comme pourrait le faire le coobligé dont je me suis porté caution, et dont je ne fais qu'exercer les droits, tels qu'ils existeraient entre ses mains s'il avait personnellement payé. Mon action ne serait même pas plus étendue, dans le cas où je me serais fait conventionnellement subroger aux droits du créancier. Car le cautionnement dont je suis tenu envers les autres codébiteurs, neutralise tout recours que je prétendrais exercer solidairement contre eux.

Nous avons insisté sur ce point, parce que nous verrons l'opinion que nous avons essayé de réfuter, reparaître avec ses conséquences sur d'autres questions que nous avons à examiner.

51. Lorsque l'on a cautionné, non le débiteur principal, mais celui qui l'a cautionné (2014), on peut, comme caution de caution, ou certificateur de caution, agir contre le débiteur, ou les codébiteurs solidaires et contre leurs cautions, soit qu'elles les aient cautionnés tous ou seulement quelques-uns

d'entre eux, on peut, disons-nous, agir par un recours solidaire, comme aurait pu faire le créancier lui-même. La solidarité de ce recours, dans tous les cas, contre les codébiteurs et leurs cautions, n'est que la conséquence de la subrogation légale, et de ce que nous venons de dire au sujet de la caution de plusieurs coobligés solidaires (1).

52. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (2025), sauf l'exception division (2026), ou la division volontairement opérée par le créancier (2027). Si donc l'une des cautions paye la totalité de la dette, elle a recours contre les autres, chacune, pour sa part et portion (2033); et ce recours divisé est assuré par la subrogation légale.

Ce n'est cependant pas sans beaucoup d'hésitations, que le principe même de ce recours s'est introduit dans notre droit. Le droit romain déniait, en effet, tout recours au cofidéjusseur qui avait payé la totalité de la dette, contre les autres cofidéjusseurs, par la raison qu'en payant il avait fait son affaire, et que les autres ne s'étaient point obligés envers lui. Pour exercer contre eux ce recours, il fallait donc obtenir cession des actions du créancier au moment du payement (2). Mais on finit par reconnaître dans notre ancienne jurisprudence, pour montrer que l'on ne s'attachait plus *aux pointilles du droit* (expressions de Basnage), « qu'il n'était pas juste que celui qui s'était engagé dans le même péril ne contribuât point à la perte, et qu'il ne fût point obligé de récompenser celui qui avait tout payé, parce qu'il avait eu ce désavantage d'être attaqué le premier (3). » L'équité prévalait ainsi sur les subtilités du droit, d'après lesquelles on prétendait faire du paye-

(1) Voy. cep. Duranton, t. 18, n° 370.

(2) L. 36, *ff. De fidejuss.* — L. 11, C. *De fidejuss.* — Argou, liv. 4, ch. 2, t. 2, p. 325.

(3) Basnage, *Hyp.*, ch. 15, p. 365 et 366. — Ferrière, *Dictionn. de pratique*, v° *Cofidejuss.* — Maynard, liv. 2, ch. 39. — D'Olive, liv. 4, ch. 31. — Pothier, *Oblig.*, n° 445.

ment effectué par une seule des cautions un payement purement et simplement extinctif des obligations de ses consorts, sans indemnité de leur part. Quelques auteurs voulaient cependant qu'il eût payé *suo nomine*, en son nom, pour faire entendre qu'il n'éteignait pas la dette, et se réservait tout recours contre les autres cofidéjusseurs (1). Et alors, suivant les mêmes auteurs, il pouvait prendre cession *ex intervallo*, après le payement, toutefois et quantes qu'il voulait.

Quoi qu'il en soit, à défaut de cession d'actions, le recours du cofidéjusseur n'était qu'un recours fondé sur le quasi-contrat de gestion d'affaires. Aujourd'hui, au contraire, il est basé sur une véritable subrogation légale, de telle sorte que, si les cofidéjusseurs contre lesquels le recours est exercé, étaient détenteurs d'immeubles par eux hypothéqués, en vertu de leur cautionnement, le cofidéjusseur subrogé pourrait se prévaloir contre eux de ces hypothèques, jusqu'à concurrence de leur part et portion contributive.

53. Il importe peu, quant à la division du recours des cofidéjusseurs entre eux, qu'ils aient contracté leur cofidéjussion par le même acte ou par des actes séparés. Lorsqu'ils ont concouru dans le même acte, leur concours fait sans doute supposer leur intention de se partager également les risques et périls de leur cofidéjussion. Mais si cette raison n'existe pas lorsqu'ils ont cautionné individuellement par des actes séparés, il en est alors une autre qui suffit par elle-même pour justifier la division. Si, en effet, celui qui a payé recourait pour la totalité contre un seul, celui-ci aurait le même recours contre un autre, de telle sorte que le dernier finirait par s'adresser au premier. Il y aurait ainsi un circuit vicieux, qui n'a d'autre issue que dans une division immédiate et de plein droit du recours des cofidéjusseurs entre eux (2). Aussi, l'article 2033 ne distingue point.

(1) Voy. Ferrière, *Paris*, art. 108, § 4, nos 19 et suiv.
(2) Troplong, *Caut.*, no 426. — Ponsot, no 282.

54. Ici encore se présente la question que nous avons examinée au sujet des codébiteurs solidaires. Le cofidéjusseur qui a payé la totalité de la dette, et qui a, en même temps, obtenu du créancier la subrogation conventionnelle, peut-il agir contre les autres pour la totalité de la dette, sous la déduction, toutefois, de sa part contributive dans la dette et dans les insolvabilités? M. Toullier (1) pousse jusque-là les conséquences de son opinion. Quant à nous, nous poussons aussi jusque-là, mais dans un sens opposé, les conséquences de la nôtre. Les arguments sont, en effet, les mêmes dans ce cas que dans l'autre, et quand l'article 2033 ne donne au cofidéjusseur qui a payé la totalité de la dette, qu'un recours divisé contre ses consorts, il le fait indistinctement pour le cas de la subrogation légale ou conventionnelle. Nous le répétons, il est impossible de voir ce que la subrogation conventionnelle pourrait donner de plus que la subrogation légale, puisque cette dernière n'est fondée que sur la présomption du pacte tacite de subrogation conventionnelle. L'article 2033 dispose donc d'une manière générale et sans distinction.

55. Une dette est contractée solidairement par plusieurs personnes. Plusieurs cofidéjusseurs interviennent, qui, par le même acte ou par des actes séparés, cautionnent individuellement des codébiteurs différents. Nous passons ainsi du simple au composé ; car, jusque-là, nous avons supposé, soit une seule caution et plusieurs codébiteurs solidaires, soit un seul débiteur et plusieurs cautions. Dans notre nouvelle hypothèse, nous avons pluralité de cautions et de débiteurs. Une caution paye ; quel sera son recours?

A l'égard du codébiteur qu'elle a cautionné, nul doute qu'elle ne puisse agir pour la totalité.

A l'égard des autres codébiteurs qu'elle n'a pas cautionnés,

(1) T. 7, n° 163.

elle pourra également recourir contre eux par voie de solidarité. Nous l'avons démontré plus haut (1).

Mais, à l'égard des autres cautions, elle n'aura qu'un recours divisé. Elle ne pourra demander à chacune d'elles que sa part dans la dette et sa contribution dans les insolvabilités.

Posons des chiffres : quatre codébiteurs solidaires; dette de quatre mille francs; quatre cofidéjussions individuelles. L'un des cofidéjusseurs paye; il peut, en vertu de la subrogation légale, recourir pour quatre mille francs contre celui qu'il a spécialement cautionné, et contre le premier venu des autres codébiteurs. Nous savons qu'il n'est pas un simple *negotiorum gestor*, exerçant les droits du codébiteur qu'il a cautionné, mais un véritable subrogé aux droits du créancier originaire, et pouvant, comme lui, exiger la totalité de la dette.

Quant aux autres cofidéjusseurs, il ne pourra leur demander que mille francs divisément, sans préjudice de la part contributive de chacun d'entre eux dans les insolvabilités. Car il importe peu qu'il se soit rendu caution d'un seul ou de tous les codébiteurs, puisque la solidarité l'oblige à toute la dette, et qu'il se trouve ainsi dans la même position que s'il avait cautionné avec d'autres une dette et un débiteur unique (2).

56. « Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement (1222). Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation (1223). » Les codébiteurs sont donc tenus pour d'autres ou avec d'autres, et ont, en conséquence, droit à la subrogation légale, même au cas où l'obligation est indivisible seulement *solutione* (3).

(1) N° 50. — *Contrà* DURANTON, t. 12, n° 170, et t. 18, n° 369, sauf le cas de subrogation consentie par le créancier, toujours suivant cet auteur.

(2) TROPLONG, *Caut.*, n° 441.

(3) GAUTHIER, n° 320. — MOURLON, p. 461.

57. Le délégué qui a accepté la délégation est tenu, dès ce moment-là, envers le délégataire, avec ou pour le délégant, pourvu que ce dernier n'ait pas été lui-même déchargé. Le délégant est aussi tenu pour ou avec le délégué. Celui des deux qui aura payé le délégataire est donc dans le cas d'être légalement subrogé à ses droits envers l'autre, dont il aura acquitté la dette. Cette subrogation ne laisse pas d'être fort importante pour le délégant, dans le cas où le délégué, déjà son débiteur chirographaire, aurait, en acceptant la délégation, consenti une hypothèque en faveur du délégataire. Elle le sera même pour le délégué, toutes les fois que la créance du délégataire aura des garanties accessoires que ne comporterait pas le recours du délégué contre le délégant, à titre de gestion d'affaires.

58. Est également dans le cas de subrogation légale, celui qui a reçu et accepté mandat de payer de ses deniers personnels pour le mandant (1). En droit romain (2), Papinien accordait au mandataire le droit de prendre cession des actions du créancier, et Cujas (3) l'assimile au fidéjusseur. Ainsi, je m'oblige à acheter et payer telle propriété pour le mandant, à payer telles dettes en son acquit; je serai subrogé de plein droit, et, outre la subrogation, j'aurai droit, comme mandataire, à l'intérêt de plein droit de mes avances, alors même que la créance, objet de la subrogation, n'en produit aucun. S'il est vrai, en effet, que la subrogation transmette identiquement la créance, il n'est pas moins vrai que j'ai payé en vertu de mon mandat, et que mes droits comme mandataire ne sont pas incompatibles avec mes droits comme subrogé.

Mais remarquez à quelles conditions nous accordons la subrogation légale au mandataire. Il faut que le mandat accepté

(1) Duranton, t. 18, n° 264.
(2) L. 28, *ff. Mand.*
(3) Sur la loi 28, *ff. Mand.*

l'oblige à payer en l'acquit et au nom du mandant. Ce n'est que dans ce cas de coobligation que l'on peut dire de lui qu'il est tenu pour ou avec un autre. Si donc le mandat donné et accepté était tel que son exécution ne dût pas nécessairement emporter, de la part du mandataire, l'obligation de payer pour le mandant, sous peine de poursuites contre lui personnellement, de la part des tiers, il n'y aurait pas lieu à subrogation de plein droit à son profit, puisque le payement fait par lui aurait été spontané et volontaire. Mais rien n'empêche qu'il ne se fasse alors conventionnellement subroger par le créancier.

Quant à celui qui s'est porté fort pour un tiers, il n'est jamais, du moins en cette seule qualité, dans le cas de la subrogation légale. Car si le tiers ratifie, cette ratification, valant mandat, produit sa décharge; et, s'il ne ratifie pas, le porte-fort reste dans les liens de son engagement personnel.

59. Le tuteur, le mari, tout administrateur payant une dette de son pupille, de sa femme, de son administré, n'est pas, en cette seule qualité, subrogé de plein droit, parce qu'il n'en est pas tenu pour ni avec eux, et que les poursuites ne peuvent être dirigées contre lui qu'en nom qualifié.

Ainsi, le tuteur, acquittant une dette productive d'intérêts, ou garantie par une hypothèque, n'aura pas, comme subrogé, à répéter contre son pupille les intérêts, ou à invoquer l'hypothèque. Il aura les droits déterminés par l'article 474. En effet, le payement par lui effectué a éteint la dette. Il n'a, dès lors, qu'une action contraire de tutelle, et si, dans l'excédant des revenus du pupille, il n'a pas trouvé de quoi se rembourser, il peut poursuivre le mineur en payement dans la personne de son subrogé-tuteur.

Mais le mari, le tuteur, l'administrateur, peuvent se faire subroger conventionnellement. Bien que le tuteur, notamment, ne puisse se rendre cessionnaire des droits et créances contre son pupille (450), il peut néanmoins obtenir la subrogation

conventionnelle. C'est que la subrogation est plus favorable, puisqu'elle a son principe dans un payement (1).

S'ils étaient cautions, codébiteurs solidaires, ils seraient, comme tous autres, subrogés de plein droit, à moins qu'il ne fût établi que le payement a eu lieu des deniers de l'administré (2).

60. La divisibilité de la dette entre cohéritiers fait que celui qui paye la totalité de la créance chirographaire n'est point subrogé de droit, parce qu'il n'est tenu que de sa part, et non du surplus pour d'autres ou avec d'autres. Cependant M. Toullier (3) fait une distinction : si la dette est chirographaire, le cohéritier qui paye avant le partage est subrogé de plein droit, parce que, bien que la dette soit simplement chirographaire, ils sont tous tenus les uns avec les autres, et ont, en conséquence, intérêt d'acquitter la dette. Mais, après le partage, il n'y a pas lieu à la subrogation légale.

Nous repoussons cette distinction. En effet, la dette étant chirographaire, on ne peut pas dire que l'un des héritiers soit tenu pour ou avec les autres d'acquitter le total. Car ce n'est pas le partage qui en opère la division, c'est l'ouverture même de la succession qui la produit de plein droit. Dès lors, et avant tout partage, chaque héritier n'est tenu que de sa part et portion virile, à ce point que pour avoir un débiteur du total, qui n'est autre que la succession, il faut poursuivre tous les héritiers collectivement. Et c'est seulement dans le sens de cette collection de débiteurs distincts et séparés, qu'on peut dire qu'ils sont tenus les uns avec les autres. Mais chacun ne doit que sa part, de même que nul autre ne doit cette part avec lui. Chacun d'eux peut donc offrir et payer sa portion, et laisser

(1) GAUTHIER, n° 104. — MOURLON, p. 29 et suiv. — *Contrà*, DURANTON, t. 3, n° 602. — TOULLIER, t. 2, n° 1232.

(2) TOULLIER, t. 2, n° 1234. — DURANTON, t. 3, n° 601. — ZACHARIÆ, t. 1, p. 235, n^te 3, 1re édit., et t. 1, p. 172, 4e édit.

(3) T. 7, n° 151. — *Junge*, GAUTHIER, n° 372.

ensuite les autres se débattre avec le créancier. Tel est, pour lui, le moyen le plus simple d'arrêter les poursuites en ce qui le concerne (1).

61. Tels sont encore les débiteurs simplement conjoints, sans aucun lien de solidarité. Il y a autant de dettes que d'obligés, dettes séparées et distinctes, dont nul n'est tenu pour d'autres ou avec d'autres. Celui qui paye n'a donc pas droit à la subrogation légale (2).

Mais il en serait autrement, si l'un d'eux avait soumis ses biens à une hypothèque, à un gage, à une antichrèse pour la garantie de l'ensemble des dettes, sans s'obliger lui-même personnellement. Il serait alors tenu réellement, pour ou avec d'autres. Payant toute la dette, il serait donc subrogé de droit (3).

62. Si deux débiteurs avaient contracté envers une même personne ou des personnes différentes, deux dettes distinctes avec hypothèque sur un fonds indivis entre eux, ils seraient alors tenus l'un pour l'autre, sinon personnellement, du moins hypothécairement. Celui qui aurait acquitté la dette totale, même avant le partage, serait donc subrogé de plein droit. Car, à raison de l'indivisibilité de l'hypothèque, le créancier peut, avant tout partage entre ses débiteurs, intenter l'action hypothécaire contre un seul détenteur de la chose (4), sauf délaissement de sa part pour ce qu'il ne doit pas personnellement.

Ces deux débiteurs ne sont, après tout, hypothécairement tenus que comme le sont, même avant le partage, des cohéritiers restés dans l'indivision, par rapport à une dette divisée

(1) DURANTON, t. 7, n° 450. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 511, 1re édit., et t. 6, p. 685, 4e édit. — MOURLON, p. 472.

(2) TOULLIER, t. 7, n° 149.

(3) DURANTON, t. 12, n° 176. — Bordeaux, 14 mars 1865. SIREY, 65. 2, 256.

(4) TOULLIER, t. 7, n° 150. — GAUTHIER, n° 314.

de plein droit entre eux, mais dont ils sont néanmoins tenus, d'une manière indivisible, à cause de l'hypothèque (1).

63. Comme par son article 23, la loi du 22 frimaire an VII oblige les officiers publics, tels que les notaires, les greffiers, les huissiers, à payer pour les parties les droits d'enregistrement dont leurs actes sont passibles, il s'ensuit qu'ils sont subrogés de plein droit aux actions et priviléges du fisc, pour le recouvrement de leurs avances. Ils sont tenus, en effet, pour ou avec d'autres. La loi fiscale, pour mieux assurer les recouvrements du Trésor, lui a donné un débiteur de plus, l'officier public qui doit présenter l'acte à l'enregistrement. L'article 1251, n° 3, est donc parfaitement applicable (2).

L'article 53 de la loi du 11 brumaire an VII portait : « Le conservateur sera subrogé de droit aux actions que les créanciers qu'il aurait été obligé de payer avaient contre le débiteur originaire. » Bien que le Code ne reproduise pas cette disposition, elle doit néanmoins y être suppléée, comme étant la conséquence du principe posé par l'article 1251 (3).

La règle doit enfin être généralisée et appliquée à tous ceux dont la coobligation à la même dette se rattache, soit à un engagement conventionnel, soit à un engagement résultant d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat. Car ils sont tenus pour ou avec d'autres.

64. Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (140, C. comm.). Le donneur d'aval est également tenu solidairement et par les mêmes voies (142, C. comm.). Remarquez bien la nature de leurs obligations solidaires; ce n'est pas la solidarité commune, c'est une garantie solidaire. Aussi, chaque endosseur ou donneur d'aval est-il subrogé aux droits

(1) Toullier, t. 7, n° 151. — Duranton, t. 7, n° 445. — Cass., 30 mars 1869. Sirey, 69, 1, 244.

(2) Toullier, t. 7, n° 156. — Gautier, n° 401.

(3) Grenier, *Hyp.*, n° 442. — Gauthier, n° 402.

du porteur, autrement qu'un codébiteur tenu par la voie de la solidarité ordinaire. Celui-ci n'a, en effet, qu'un recours divisé contre chacun de ses coobligés, tandis que ceux-là exercent leur recours en garantie, à l'égard du tireur et des endosseurs qui les précèdent, ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, ou collectivement contre les endosseurs et le tireur (164, C. comm.).

Il en est de même pour le porteur et les endosseurs d'un billet à ordre (187, C. comm.).

Par exception, celui qui paye une lettre de change, ou un billet à ordre (187, C. comm.) par intervention, est subrogé aux droits du porteur, et tenu des mêmes devoirs pour les formalités à remplir (159, C. comm.). Nous disons que c'est une exception, car le tiers intervenant n'est point tenu pour ou avec d'autres; elle n'est donc fondée que sur la faveur due aux matières commerciales. Cette disposition existait au surplus, dans l'article 3, titre 5, de l'ordonnance de 1673.

65. En matière de commerce, le commissionnaire, à la différence du mandataire ordinaire, s'oblige en son nom, et contracte une obligation personnelle envers celui avec lequel il traite pour le compte de son commettant. Il est donc tenu de payer pour ce dernier. Et peu importe qu'en s'en tenant aux apparences extérieures de l'opération, on n'aperçoive qu'un seul et unique obligé, qui est le commissionnaire, du moment qu'au fond et en réalité, il ne s'oblige que pour un autre en vertu de sa commission. Le créancier est toujours censé vouloir lui céder ses actions, pour le cas où il aurait à exercer un recours quelconque contre le vrai débiteur, par rapport à lui. Conséquemment, s'il paye, il est subrogé à tous les droits du créancier, en vertu de l'article 1251, n° 3, qui s'applique aux matières commerciales aussi bien qu'aux matières civiles (1).

(1) MERLIN, Rép., v° *Revendication*. — PARDESSUS, t. 2, n° 563. — FAVARD, Rép., v° *Faillite*, § 13, n° 2. — GAUTHIER, n° 400. — Cass., 14 nov. 1810. SIREY, 11, 1, 37. — 18 avril 1843. SIREY, 43, 1, 526. — *Contrà*, TROPLONG, *Nantissement*, n° 359. — DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. 2, n° 395.

66. Un effet de commerce est transmis par un endossement en blanc. Ce n'est qu'une procuration (138, C. comm.). Cependant, il est admis que cet endossement donne au porteur pouvoir suffisant pour négocier et toucher la valeur de la traite (1). La traite a donc été négociée par le porteur, qui en touche la valeur de celui à qui elle est transmise. A l'échéance, il y a protêt faute de payement.

Comme tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (140, C. comm.), celui à qui la lettre de change avait été transmise par un endossement en blanc, et qui, en la négociant, en a touché la valeur, est garant du payement à l'échéance, et ne peut se soustraire à l'obligation qu'il s'est imposée comme signataire et endosseur, sous prétexte qu'il n'a agi que comme mandataire en vertu d'un endossement en blanc (2). Si donc il rembourse au porteur le montant de la lettre de change, il est subrogé à tous ses droits, même contre celui de qui il tenait l'effet par un endossement en blanc, et dont il paraissait, dans le principe, n'être que le mandataire. Cette subrogation a lieu de plein droit en sa faveur, parce qu'il a payé comme étant tenu pour et avec d'autres.

Pour l'écarter, en vain prétendrait-on que le porteur, en vertu d'un endossement en blanc, n'a pu changer lui-même, par des faits qui s'expliquent par son mandat et se rattachent à son exécution, sa qualité primitive de mandataire ; qu'il n'a fait, en payant le porteur, que rembourser, comme mandataire, ce qu'il avait reçu à ce même titre ; que c'est, en définitive, comme si la traite était restée dans ses mains sans en sortir.

Il faut remarquer que, dans la pratique du commerce, l'endossement en blanc est le résultat d'une remise réelle de la valeur, et l'expression d'une véritable transmission de la pro-

(1) PARDESSUS, n° 354. — NOUGIER, *Lettre de change*, t. 1, p. 303.
(2) Cass., 1er déc. 1829. SIREY, 30, 1, 28.

priété. Or, les parties entre lesquelles il est intervenu sont toujours admissibles à justifier le vrai caractère de l'acte et la réalité de la négociation, en ce qui les concerne. Si donc l'endossement en blanc commence par établir, dans leurs rapports, une présomption de simple procuration, il n'exclut pas la possibilité ni la preuve d'une transmission réelle de la propriété. Bien évidemment, dans ce cas, la subrogation doit s'opérer de plein droit en faveur du porteur par endossement en blanc qui, par suite du protêt faute de payement, a payé le porteur auquel il avait transmis la traite.

Il n'est pas exact, d'ailleurs, de prétendre que, simple mandataire, il n'a pas eu le droit ni le pouvoir de changer lui-même sa qualité. Du moment, en effet, que l'endossement en blanc lui a donné le droit de négocier, le tiers porteur a pu poursuivre le payement comme propriétaire, et a eu également le pouvoir de subroger celui des endosseurs qui l'a remboursé. Peu importe que ce soit celui-là même de qui il tient la traite, c'est-à-dire un porteur en vertu d'un endossement en blanc. Par la négociation que ce dernier a faite, sa procuration est épuisée; du moins elle l'est en ce sens, que, accomplie une fois, elle ne peut l'être une seconde fois. Mais l'exercice de ce mandat a eu cet effet particulier de le rendre lui-même garant du payement envers le porteur. Or, s'il est garant, ce n'est pas comme mandataire, c'est comme endosseur.

Lors donc qu'il invoque la subrogation légale comme garant, comme étant tenu pour ou avec d'autres, il ne se présente pas en qualité de mandataire, mais uniquement en qualité d'endosseur. Il est vrai que s'il n'avait pas été mandataire, par suite d'un endossement en blanc, il n'aurait pas eu l'occasion de devenir endosseur. Mais, de l'exercice de sa procuration, laquelle l'obligeait déjà comme mandataire envers son mandant, il est résulté pour lui une autre obligation personnelle, comme endosseur, vis-à-vis du porteur auquel il a fait la négociation. Et ces deux obligations ne doivent se confondre, ni dans leurs causes, ni dans leurs effets. Avec ses droits et

ses obligations comme mandataire, il n'en conservera donc pas moins ses droits et ses obligations comme endosseur. Sa position ressemble à celle d'un mandataire qui, chargé d'emprunter pour le mandant une somme de dix mille francs, par exemple, se porte caution pour la plus grande sécurité du prêteur, et obtient plus tard, en cette qualité, la subrogation légale contre son mandant, en remboursant le créancier.

Subrogé aux droits du prêteur remboursé, il aura ainsi une action récursoire contre le souscripteur même de l'endossement en blanc, sauf tous les droits qui peuvent résulter réciproquement du mandat entre le mandant et le mandataire (1).

Cette réserve des droits résultant du mandat nous conduit à cette proposition : Si le porteur, en vertu d'un endossement en blanc, n'avait pas réellement fourni la valeur de la traite et n'était qu'un simple mandataire, tenu, à ce titre, de la valeur reçue par suite de la négociation, il ne pourrait pas se dire subrogé par le payement qu'il aurait fait au porteur, puisque le souscripteur pourrait lui opposer une compensation, et lui dire avec raison qu'il ne peut lui demander comme subrogé, c'est-à-dire comme créancier, ce dont il doit, d'autre part, lui tenir compte comme mandataire, c'est-à-dire comme débiteur. On peut expliquer et concilier par là la diversité de la jurisprudence sur ce point important (2).

67. La responsabilité civile du fait d'un tiers donne un autre débiteur à celui qui a souffert du délit ou du quasi-délit. Celui qui est civilement responsable du dommage causé par les personnes des faits desquelles il doit répondre, se trouve ainsi tenu pour ou avec d'autres. Il est, en conséquence, subrogé de plein droit contre elles, soit au droit de poursuivre, soit au bénéfice des condamnations prononcées, ou de la transac-

(1) Cass., 20 fév. 1843. Sirey, 43, 1, 401. — 12 nov. 1845. Sirey, 46, 1, 71. — 10 juillet 1861. Sirey, 62, 1, 531. — 10 mai 1865. Sirey, 65, 1, 258.

(2) Voy. Bourges, 18 avril 1842. Sirey, 43, 2, 95.

tion intervenue. Il se trouve, en un mot, au lieu et place de la partie lésée, dans tous les cas où il a un recours à exercer contre le délinquant du fait duquel il est appelé civilement à répondre *in solidum*.

Comme il y a solidarité de droit entre tous ceux qui sont ensemble condamnés pour délit ou quasi-délit, celui qui paye la totalité des condamnations solidaires peut invoquer contre ses consorts la subrogation légale. Le droit et l'équité veulent alors que leur coopération au fait les soumette réciproquement à une contribution commune dans la dette, qui est imposée à tous et qu'un seul a acquittée.

Mais si, étant seul poursuivi et condamné, ou voulant prévenir la poursuite, il a satisfait aux condamnations prononcées contre lui, ou désintéressé la partie lésée, personnellement en son nom et en son acquit, sans mandat de ses consorts et sans les libérer, il n'aura aucune action en indemnité contre eux, soit qu'ils aient obtenu une remise, soit qu'ils n'aient pas été poursuivis du tout, ou qu'ils aient été précédemment ou postérieurement acquittés. C'est que, dans ce cas, si la cause est illicite, elle n'engendre entre eux aucun engagement réciproque et ne donne lieu à aucune action, récursoire, *si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent* (1), et ce que l'un a payé est réputé la peine personnelle de son délit. Ou bien la cause est licite, et comme le payement fait par l'un ne profite pas aux autres qui restent obligés, ou sont libérés autrement ou acquittés, il n'y a lieu à aucune espèce de recours ni de subrogation (2).

68. La subrogation légale a encore lieu au profit de ceux qui, étant indirectement tenus pour d'autres, bien qu'ils n'aient pas personnellement contracté, sont néanmoins contraints de payer, sauf leur recours contre leurs coobligés, obligés principaux à leur égard.

(1) L. 36, *ff. De dolo malo.* — L. 26, *ff. De reg. jur.*
(2) Mourlon, p. 406. — Gauthier, nos 389 et suiv.

Si donc, d'après les principes consacrés par l'article 1375, on accorde à l'instituteur action contre l'enfant pour les aliments et l'éducation qu'il a reçus, sans préjudice d'une autre action contre le père de famille qui a personnellement contracté l'obligation (1), on arrive à cette conséquence, que l'enfant sera tenu pour ou avec d'autres, puisque les frais de nourriture et d'éducation sont une charge naturelle du mariage (203), ou de la jouissance légale accordée au père ou à la mère (385). L'enfant qui aura payé aura donc un recours contre eux, et ce recours sera garanti par la subrogation légale aux droits de l'instituteur.

69. Nous avons vu que, sous le droit romain, à la différence de l'hypothèque, la subrogation se faisait au privilége, sans aucune stipulation de subrogation, au profit du tiers qui avait acquitté la dette. Il était subrogé aux droits du créancier privilégié qu'il avait payé, et pouvait exercer sa créance comme il l'eût fait lui-même. *Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit* (2). Aussi, notre ancienne jurisprudence, fidèle aux traditions du droit romain, accordait-elle la subrogation de plein droit à ceux qui acquittaient des créances auxquelles un privilége personnel était attaché, telles que les frais funéraires, les frais de dernière maladie (3), les loyers de maisons, les arrérages de rentes foncières, les perceptions du fisc (4).

On a pensé qu'il devait en être de même sous le Code civil, au moins pour les frais funéraires et ceux de dernière maladie (5). Quant à nous, nous n'admettons ce sentiment

(1) DURANTON, t. 2, n° 391. — Cass., 18 août 1835. SIREY, 35, 1, 873. — 19 juin 1843. SIREY, 43, 1, 641. — *Contrà,* MERLIN, Rép., v° *Aliments*, § 1, art. 1, n° 6, addit.

(2) L. 24, § 3, *ff. De rebus. auct. jud. poss.* — L. 9, § 3, *ff. De priv. cred.*

(3) L. 46, § 2, *ff. De rel. et sumpt. fun.* — LOUET, lettre C, n° 29.

(4) POTHIER, *Oblig.*, n° 521.

(5) TROPLONG, *Hyp.*, n°s 136 *bis* et 141 *bis*.

que moyennant une distinction. Ceux qui accordent, dans ce cas, la subrogation légale, ne peuvent sans doute la fonder que sur les anciens principes du droit romain, sur la distinction qu'il faisait entre l'hypothèque et le privilége, distinction dont les meilleurs interprètes ont été fort embarrassés de rendre bon compte. Cependant ils invoquent un texte de la loi moderne, l'article 593, C. pr. Voici toute l'économie de la loi sur ce point :

L'article 592 énumère certains objets qu'il déclare insaisissables. Puis l'article 593, confirmant la règle de leur insaisissabilité, ajoute qu'ils peuvent, par exception, être saisis pour aliments fournis à la partie saisie, ou sommes dues aux fabricants et vendeurs des dits objets ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer. Or, dit-on, voilà positivement établi le principe de la subrogation légale au profit de celui qui a prêté pour acheter des aliments. Donc la subrogation doit se faire également de plein droit au profit de celui qui paye les frais funéraires et de dernière maladie, créances plus favorables (2101), avec l'intention de faire un prêt à celui qui les doit.

Nous pouvons d'abord contester que l'article 593 parle de somme prêtée pour acheter des aliments ; car son sens grammatical est que la somme a été prêtée, non pas pour acheter des aliments, mais pour acheter, fabriquer ou réparer *les dits objets*, c'est-à-dire les objets qui viennent d'être énumérés dans l'article 592. L'article 593 se comprend en effet parfaitement ; c'est que la partie saisie ne peut alléguer l'insaisissabilité de certains objets, à l'encontre du saisissant qui lui a prêté, avec destination spéciale, la somme nécessaire pour les acheter, réparer ou fabriquer. Ces objets cessent d'être insaisissables à son égard, parce que c'est lui qui a mis la partie saisie à même de les avoir. S'il est enfin subrogé aux droits du vendeur, du fabricant, du réparateur, ce n'est qu'en conséquence de son droit particulier de saisie. Pouvant seul réaliser le gage, il profite seul de sa réalisation. Voilà en quoi consiste

son privilége; et il en est tout à fait de même, lorsqu'il s'agit de fournitures d'aliments ou de prêt fait pour en avoir, alors que, dans le cas de prêt, les aliments non consommés sont encore à l'état de denrées, suivant le n° 7 de l'article 592, dans les mains du débiteur.

Mais, en admettant même que celui qui a payé pour le compte du débiteur les aliments qui lui ont été fournis, soit subrogé aux droits du créancier, en ce sens, qu'il puisse saisir comme lui les objets exceptés en sa faveur de l'insaisissabilité, il n'en est pas moins vrai que les choses changent au cas de frais funéraires et de dernière maladie. Les objets énumérés dans l'article 592 cessent, en effet, pour la plupart, d'être insaisissables, puisque la mort du débiteur a fait disparaître plusieurs causes de leur insaisissabilité. Il y a, dès lors, concours de saisissants, à ce point, que sur ces objets, devenus communément saisissables, la créance pour aliments est primée par les frais funéraires et de dernière maladie. Mais, d'autre part, comme ceux qui ont payé les frais de cette nature n'ont, à ce titre, aucune prise sur les objets restés insaisissables, il s'ensuit qu'à défaut du droit de saisie, ils ne peuvent s'assimiler à ceux qui ont payé ou prêté pour avoir des aliments. L'article 593 ne fournit donc aucun argument en leur faveur, puisqu'il n'établit pour eux aucune subrogation au droit de saisir, et conséquemment au privilége.

N'oublions pas, après tout, que la subrogation légale est de droit étroit; et cette raison suffit seule, en l'absence d'un texte formel qui l'autorise, pour la faire repousser, lorsqu'il s'agit d'un tiers qui a payé, ou prêté au débiteur pour payer des frais funéraires et de dernière maladie (1), si, d'ailleurs, il ne se trouve, à un autre titre, dans un cas de subrogation légale, ou s'il n'a stipulé la subrogation conventionnelle.

Mais, en refusant à celui-ci toute subrogation légale, nous en accordons, au contraire, le bénéfice à ceux qui, sur un

(1) *Conf.*, Persil, 2101, § 2.

mandat exprès ou tacite de la famille, ou à titre de parents, d'amis, de tuteurs, de maîtres ou d'instituteurs ont dû faire les avances de cette nature. C'est celui qui les rembourse ensuite, ou qui paye d'office, sans aucun autre titre qui l'y autorise, qui, suivant nous, n'est pas subrogé au privilége. Quant aux premiers, ils y sont subrogés de droit, ou, pour mieux dire, ils l'exercent directement et sans le secours de la subrogation. Car l'article 2101 l'accorde bien moins à ceux qui donnent les soins funéraires et de maladie dernière, qu'à ceux qui en acquittent les frais et remplissent ainsi un pieux devoir. Telle est la distinction que semblent également faire MM. Gauthier (1) et Duranton (2).

70. Nous en disons autant de tous les autres cas où le prêt fait au débiteur pour payer des dettes privilégiées, et le payement des mêmes dettes fait en son acquit, ne confèrent pas au tiers qui a payé ou prêté le droit de saisie sur les objets déclarés insaisissables. Ainsi, l'article 593, C. pr., en déclarant les objets compris dans l'article 592 saisissables, pour fermages, moissons et loyers, ne dit pas que le droit de saisie appartient également à ceux qui ont payé ou prêté pour payer les dettes de cette nature. Donc ils n'ont pas droit à la subrogation légale. A défaut de subrogation conventionnelle, ils n'ont contre le débiteur qu'une créance à titre de prêt, ou un recours à titre de gestion d'affaires.

Tels sont enfin tous ceux qui, sans obtenir de subrogation conventionnelle, et sans être, à un autre titre, dans le cas de subrogation légale, payent des dettes privilégiées autres que celles dont s'occupe l'article 593, C. pr., dans sa première partie. Quelque favorable que soit le payement ou le prêt fait par eux, ils n'acquièrent pas la subrogation légale.

(1) N° 552.
(2) T. 19, n°s 51 et 56.

§ 4.

71. L'héritier bénéficiaire, dont le patrimoine ne se confond pas avec la succession, a intérêt à en maintenir la séparation pleine et entière. Si, dans le cours de son administration, il lui arrivait d'acquitter de ses deniers personnels des dettes héréditaires, et qu'il n'eût ensuite contre la succession qu'un simple recours chirographaire, comme administrateur et gérant, il pourrait éprouver un préjudice notable, à raison de l'insolvabilité de la succession. Il est donc juste de supposer qu'il ne paye que sous la réserve d'une subrogation de plein droit.

Cette concession faite à la position de l'héritier bénéficiaire offre un autre avantage. Elle l'intéresse à ne pas laisser dévorer en frais de poursuites les valeurs d'une hérédité déjà suspecte d'insolvabilité. Cette subrogation légale est donc une garantie de ses droits personnels, puisque le recouvrement de ses avances est mieux assuré, et aussi d'une bonne administration, puisqu'il sera plus disposé, dans l'intérêt des créanciers ou de la succession qui doit lui appartenir, après les dettes payées, à désintéresser avec son argent les créanciers les plus durs et les moins traitables. Ces raisons l'avaient fait introduire dans notre ancien droit (1), et l'on fait maintenir sous le Code civil. L'article 1251 porte donc que la subrogation a lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

72. Le mot dette, dont se sert l'article 1251, est pris dans son sens le plus étendu. Il ne comprend pas seulement les dettes proprement dites, mais encore toutes les charges, telles que les legs, qui grèvent l'hérédité (2).

(1) Lebrun, *Successions*, liv. 3, ch. 4, n° 19. — Renusson, ch. 7, n° 76. — Soultages, *Hyp.*, p. 212. — Boucheul, *Poitou*, art. 278, n° 67. — Bretonnier, v° *Subrogation*, t. 2, p. 282. — Argou, t. 2, p. 354.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 378, nte 36, 1re édit., et t. 4, p. 185, 4e édit. — Duranton, t. 12, n° 177.

Il comprend même les droits de mutation par décès dont l'héritier bénéficiaire, à ce titre d'héritier, est personnellement tenu envers la régie, d'après les articles 32 et 39 de la loi du 22 frimaire an VII. Mais comme ces dispositions de la loi fiscale ne font que régler les rapports de l'héritier bénéficiaire avec le trésor public, et qu'à l'égard des créanciers il n'est tenu d'acquitter ces droits de mutation de ses deniers personnels, qu'autant que l'actif liquidé de la succession bénéficiaire est insuffisant, il se trouve subrogé de droit, lorsqu'il les a payés, au privilége sur les revenus des biens à déclarer, que la loi du 22 frimaire, article 32, confère au trésor public (1). Il a, en conséquence, le droit de s'en faire rembourser par préférence sur l'actif de l'hérédité, dans son compte de bénéfice d'inventaire. Par application même de l'article 808, Code civil, il est admis à en déduire le montant, par voie de prélèvement, à l'égard des créanciers simplement chirographaires (2)

73. De ce que l'article 1251 déclare subrogé de droit l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession, il n'en faut point conclure qu'il soit subrogé, alors que la dette était simplement chirographaire, pour tout ce qu'il a payé au delà de sa part et portion virile. L'acceptation bénéficiaire n'empêche pas la division des dettes entre tous les cohéritiers ou successeurs universels. L'héritier bénéficiaire n'est donc jamais tenu que pour sa part, à moins que, par l'effet de l'action hypothécaire ou de l'indivisibilité de l'obligation, il ne soit coobligé pour le total. Et c'est dans ce cas seulement que, comme héritier bénéficiaire, il est subrogé de plein droit pour tout ce qu'il a payé, même au delà de sa part et portion

(1) Bordeaux, 15 fév. 1849. Sirey, 49, 2, 536. — Grenoble, 21 mars 1850. Sirey, 50, 2, 539. — Bordeaux, 1er déc. 1846. Sirey, 47, 2, 298. — Rouen, 5 avril 1845. Sirey, 46, 2, 324. — Paris, 19 janv. 1854. Sirey, 54, 2, 752. — Cass., 21 juin 1857. Sirey, 57, 1, 437.

(2) Voy. rapport de M. le conseiller Laborie. Sirey, 57, 1, 417.

virile. Dans le cas contraire, il a payé, non comme héritier bénéficiaire, puisqu'il n'en était pas tenu, mais comme un tiers, intervenant volontaire, qui ne peut avoir que la subrogation conventionnelle (1).

Mais s'il était conventionnellement subrogé, il aurait contre chacun des autres héritiers les mêmes actions que l'ancien créancier. Car sa qualité d'héritier bénéficiaire fait qu'il est un tiers véritable, en qui rien ne se confond.

74. A la différence de l'héritier pur et simple, qui, étant tenu hypothécairement de la dette, n'a qu'un recours divisé contre chacun de ses cohéritiers (875), il conserve, à cause de la non confusion, la faculté de réclamer, comme tout autre créancier, le payement de la créance à laquelle il est subrogé. D'où il suit que, si un cohéritier est détenteur d'immeubles hypothéqués à la créance, il peut le poursuivre hypothécairement; d'où il suit encore qu'à l'égard des créanciers de la succession, il peut exercer le privilége ou l'hypothèque de la créance, comme le créancier qu'il a payé.

Mais nous devons nous expliquer. Quand nous disons que l'héritier bénéficiaire qui a payé une dette hypothécaire, dont il était hypothécairement tenu, peut poursuivre hypothécairement ses cohéritiers également détenteurs d'une partie de l'immeuble hypothéqué à cette dette, nous ne voulons pas dire qu'il puisse poursuivre hypothécairement pour le tout chaque cohéritier codétenteur. Car les subrogations finiraient par se retourner contre lui-même, et tomberaient dans un circuit vicieux. Il convient donc de ne lui accorder de recours contre chaque codétenteur que pour ce qui excède sa part contributoire dans la dette, et même pour ce qui excède son émolument dans l'actif de l'hérédité, si sa part contributoire dans la dette surpasse cet émolument. Car il n'est pas tenu, sur sa fortune personnelle, du passif de la succession. Dans le cas

(1) Duranton, t. 12, n° 179.

même où son émolument dans l'actif héréditaire serait supérieur à sa portion contributoire dans la dette, son recours n'en subsisterait pas moins pour tout ce qui excède la part contributoire dont il est tenu dans le passif de la succession (1). En effet, pour ce qui dépasse sa part virile ou son émolument héréditaire, sa qualité d'héritier bénéficiaire le met dans la situation d'un simple tiers détenteur, et laisse toute sa puissance au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, en ne lui demandant d'autre sacrifice que ce qui est strictement nécessaire pour empêcher un circuit vicieux de subrogations. Quant à l'article 875, nous répondons que, s'il divise le recours entre cohéritiers, malgré l'indivisibilité de l'hypothèque, c'est là une disposition qu'il ne faut pas étendre à l'héritier bénéficiaire, avec d'autant plus de raison que la loi elle-même a pris soin de réserver les droits de cet héritier.

75. Que si, usant de la faculté que lui donne l'article 802, l'héritier bénéficiaire abandonnait tous les biens de la succession, après avoir acquis la subrogation légale, il pourrait alors poursuivre chacun des autres codétenteurs de l'immeuble hypothéqué, hypothécairement pour le tout, sans aucune déduction, sauf aux autres héritiers à faire, vis-à-vis de lui, le même abandon, s'ils ont également accepté sous bénéfice d'inventaire.

76. Si le créancier ne lui avait demandé que sa part et portion virile, parce qu'il n'est point détenteur de choses hypothéquées, et que ses cohéritiers fussent, au contraire, hypothécairement tenus, dans ce cas il pourrait également poursuivre, en vertu de sa subrogation légale, chacun d'eux hypothécairement pour le tout. Mais il aurait à déduire de son recours l'émolument qu'il recueille dans l'actif héréditaire, lequel est supposé inférieur à sa part contributoire, et sauf,

(1) Zachariæ, t. 4, p. 512, 1re édit., et t. 6, p. 685, 4e édit.

bien entendu, au cohéritier poursuivi le droit d'abandonner les biens (802), s'il a lui-même accepté bénéficiairement.

77. Si la dette payée par l'héritier bénéficiaire était simplement indivisible, sans être hypothécaire, son recours en indemnité (1225) se diviserait contre chacun de ses cohéritiers, alors même que, plus tard, il aurait fait abandon des biens de la succession. Car l'indemnité ne participe pas de l'indivisibilité de la dette acquittée.

78. Lorsque la dette est purement chirographaire, s'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire ne peut payer que dans l'ordre et de la manière réglée par le juge. Comme subrogé, il figurera ainsi dans la distribution.

S'il n'y a pas de créanciers opposants, comme il paye alors les créanciers et les légataires à mesure qu'ils se présentent (808), rien ne s'oppose à ce que le créancier subrogé se paye lui-même par ses mains sur les deniers de la succession.

A-t-il payé un légataire; les créanciers non opposants qui ne se présentent qu'après l'apurement du compte et le payement du reliquat, auront un recours à exercer, tant contre lui, s'il s'est remboursé des deniers de la succession, que contre le légataire qui a reçu son legs. Mais ce recours se prescrit par le laps de trois ans, à compter du jour de l'apurement du compte et du payement du reliquat (809).

Enfin, s'il avait payé ce légataire, et qu'il y eût alors des créanciers opposants, il n'en serait pas moins forcé de payer ces derniers, sans pouvoir rien prétendre à raison du legs par lui acquitté.

Mais, dans ce cas, ainsi que dans l'autre, comme créancier de la succession dont il a acquitté les charges, il aura à exercer contre le légataire le recours que peuvent exercer contre celui-ci les créanciers non opposants et non payés, aussi bien que les créanciers opposants (1).

(1) DURANTON, t. 12, nos 177 et 178.

79. Autrefois, on avait placé sur le même ligne que l'héritier bénéficiaire le curateur à la succession vacante (1). Le silence du Code à son égard s'oppose à ce qu'il en soit de même aujourd'hui. La subrogation légale étant de droit étroit ne peut s'étendre hors des cas formellement exprimés. A défaut de disposition expresse, le curateur à la succession vacante ne sera donc point subrogé de plein droit aux créanciers qu'il aura payés durant la curatelle (2).

Cette différence entre l'héritier bénéficiaire et le curateur à la succession vacante peut, d'ailleurs, s'expliquer par la diversité de leur position. Le curateur n'est, en effet, qu'un administrateur pour le compte d'autrui (813). Il n'a d'autre intérêt que de n'encourir aucune responsabilité pour mauvaise exécution de son mandat; il n'en a aucun à prévenir ou à arrêter les poursuites des créanciers, en les payant de ses deniers personnels. L'héritier bénéficiaire, au contraire, administre dans son intérêt autant que dans celui de la masse des créanciers. S'il est vrai qu'il ne puisse être contraint sur ses biens personnels, et qu'ainsi il ne soit point tenu pour ou avec d'autres, il a cependant, puisque la succession doit lui appartenir, après les dettes payées, un intérêt considérable à acquitter de ses deniers les dettes de la succession, et à liquider au plus vite, à l'aide de ses fonds personnels, les affaires de l'hérédité.

80. Les envoyés en possession provisoire ou définitive des biens d'un absent nous paraissent avoir droit à la subrogation légale. Leur envoi en possession est, en effet, une véritable succession provisoire, qui s'ouvre au profit des seuls héritiers présomptifs au moment de l'absence ou des dernières nouvelles de l'absent. Ils en exercent ou subissent toutes les

(1) Renusson, ch. 7, n°s 76 et 77. — Soulatges, *Hyp.*, p. 213. — Argou, liv. 4, ch. 5, t. 2, p. 354. — Bretonnier, v° *Subrog.*, t. 2, p. 283.

(2) Zachariæ, t. 2, p. 378, n^te^ 37, 1re édit., et t. 4, p. 184, n^te^ 65, 4e édit. — Gauthier, n° 550. — *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 155.

actions actives ou passives. Si, d'une part, ils administrent dans l'intérêt de l'absent, dans la prévision de son retour, d'autre part, ils administrent aussi dans leur propre intérêt, dans l'attente de la consolidation de la propriété sur leur tête.

Mais il y a mieux. Renferment-ils leur administration dans les limites marquées par les articles 125 et suivants; ne disposent-ils, même après leur envoi définitif, des choses de la succession que dans les formes exigées de la part des héritiers bénéficiaires? ils ne sont, à vrai dire, que des héritiers ayant accepté l'hérédité sous bénéfice d'inventaire. Ils doivent, par suite, en avoir tous les droits, parmi lesquels figure la subrogation légale aux créances qu'ils auront acquittées de leurs deniers personnels.

Que si, au contraire, ils se sont portés héritiers purs et simples, qu'ensuite ils aient été obligés de rendre les biens à d'autres, soit par suite du retour de l'absent, ou de la preuve de son existence, ils seront encore, dans ce cas, subrogé de plein droit aux créanciers qu'ils auront payés de leurs deniers

Mais voici sur quelles raisons nous fondons alors cette subrogation : comme ils sont réputés héritiers, du moins à l'égard des tiers, tant que dure leur possession, les envoyés en possession provisoire ou définitive, en faisant acte d'héritiers purs et simples, s'obligent à payer les dettes et charges de la succession au delà de sa consistance et valeur, *ultra vires*. Ils peuvent être contraints sur leurs biens personnels. Ils sont obligés personnellement, et tenus pour ou avec la succession de l'absent, ou plutôt l'absent lui-même, puisque nous supposons, soit son retour, soit son existence ultérieurement prouvée. Lors donc qu'ils ont acquitté les dettes de l'absent, ils les ont payées comme coobligés, et se trouvent ainsi dans le cas d'invoquer la subrogation légale (1251, n° 3).

81. Telle est la situation de l'héritier apparent. Il couvre, vis-à-vis des tiers, l'hérédité tout entière. Il est leur contradicteur légitime. Toutes les actions actives ou passives reposent

sur sa tête. Héritier pur et simple, il peut être contraint sur ses biens personnels, et est ainsi coobligé, tenu pour ou avec les véritables héritiers. Donc, il est subrogé aux créanciers qu'il paye de ses deniers propres.

A-t-il déclaré n'accepter que sous bénéfice d'inventaire; il sera subrogé à ce dernier titre. Et peu importe sa bonne ou sa mauvaise foi; car le principe de sa subrogation légale tient aux obligations que lui impose envers les tiers sa qualité d'héritier apparent.

82. Telle est enfin la position de tous ceux qui ont un droit héréditaire révocable ou résoluble, soit que ce droit dérive pour eux d'une vocation personnelle ou d'une cession. Obligés envers les tiers, tant que la révocation ou la résolution de leurs droits n'a pas eu lieu, ils sont subrogés aux créanciers qu'ils ont, en attendant, payés de leurs deniers.

Nous citerons pour exemple le grevé de substitution. Il sera subrogé, *quia solvit invitus*, parce qu'il a payé comme contraint et forcé, aux créanciers qu'il aura payés de ses deniers personnels, *per tractum temporis*, pendant que la propriété résidait sur sa tête, et sa succession fera valoir cette subrogation légale contre l'appelé (1).

Ces explications auraient été sans doute mieux à leur place sous le n° 3 de l'article 1251. Cependant, comme le n° 4 parle de l'héritier bénéficiaire, nous avons cru devoir placer ici ce que nous avions à dire de certaines positions analogues à la sienne.

Article 1252.

La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel.

(1) Bretonnier, v° *Subrogation*, t. 2, p. 282.

Sommaire.

1. La subrogation a lieu aux droits, actions priviléges et hypothèques du créancier,
2. A moins de convention contraire,
3. Ou de modifications apportées par le prêt.
4. Celui qui est dans le cas de la subrogation légale peut la prendre de force.
5. Conventions qui peuvent la modifier.
6. La subrogation n'exclut pas les autres garanties.
7. Modifications apportées par le changement des rapports personnels.
8. Le subrogé peut poursuivre la saisie sans notification préalable.
9. Comment il profite des inscriptions prises ou renouvelées.
10. Du nantissement.
11. Il a droit aux intérêts comme l'ancien créancier, sauf le cas de mandat.
12. Toutes les actions qui existent, par rapport à la créance, lui sont transférées,
13. Notamment le droit de poursuivre la résolution, faute de payement.
14. *Quid*, en cas de concours de plusieurs subrogés?
15. Le subrogeant exerce ce droit pour le tout par préférence,
16. Sauf aux autres à payer ce qui lui reste dû, avec subrogation de droit.
17. Subrogation des tiers à l'exercice de ce droit. Circuit d'actions.
18. Elle ne transfère que les actions relatives au recouvrement de la créance,
19. Elle a lieu contre les cautions. Actions réciproques des cautions et des tiers détenteurs de la chose hypothéquée,
20. Elle ne peut aggraver la position du débiteur.
21. La subrogation interrompt quelquefois la prescription.
22. Le subrogé peut, si la créance est prescrite, agir encore pour gestion d'affaires.
23. Droit de préférence réservé au subrogeant,
24. En toute subrogation.
25. Injustice de cette disposition.
26. Il faut que la créance ait une cause légitime de préférence.
27. Pas de préférence en cas de simple cautionnement ou de solidarité,
28. Alors même que le subrogé partiel est un confidéjusseur ou une caution de codébiteur solidaire.

29. Pour ce qui excède les causes de préférence, la dette est chirographaire.
30. La préférence n'existe que pour ce qui est dû sur mêmes créances.
31. Le subrogé peut primer le subrogeant pour ces autres créances.
32. Cas où il le prime sur partie de la créance à laquelle il est subrogé.
33. Le subrogeant est préférable, quand même le subrogé l'a été à une portion de créance garantie par une hypothèque antérieure, suivant les circonstances.
34. Le subrogeant peut renoncer à son droit.
35. Pas de préférence sur le cessionnaire ou le délégataire.
36. Ce privilége ne passe pas aux subrogés ultérieurs.
37. Concours entre eux. Exception.
38. Le privilége peut être cédé.
39. Cas où les subrogés ont payé entre les mains du créancier, ou entre celles des créanciers du créancier. Distinction.

COMMENTAIRE.

1. Dans tout ce que nous avons dit jusque-là de la subrogation conventionnelle et légale, il nous a été impossible de ne pas parler au moins de quelques-uns de ses principaux effets. C'était même une nécessité pour la meilleure intelligence de nos explications. Nous n'entendons pas y revenir. Qu'il nous suffise de dire, par forme de résumé, en rappelant les expressions de l'article 1250, que la subrogation a lieu dans les droits, actions, priviléges ou hypothèques du créancier contre le débiteur : voilà le principe. Mais il a lui-même besoin de quelques éclaircissements.

2. Il n'est pas exactement vrai, en effet, que la subrogation conventionnelle fasse toujours ainsi passer sur la tête de nouveau créancier les droits, actions, priviléges ou hypothèques du créancier payé. Il est incontestable, d'abord, que ce dernier, en recevant son payement, peut modifier d'une manière quelconque la subrogation qu'il veut bien consentir. Maître de la refuser, il peut ne la concéder que sous telles ou telles conditions, sauf au tiers qui paye à la laisser ou la prendre.

3. La subrogation vient-elle du débiteur, a-t-elle lieu par voie d'emprunt; nous avons vu que la combinaison du prêt destiné à payer la créance, avec cette même créance éteinte au moyen des deniers empruntés, amenait naturellement certaines modifications et restrictions dans la transmission des droits du premier créancier (1).

Nous ajouterons que si, dans ce cas, le créancier qui reçoit payement ne peut imposer de conditions, puisque la subrogation ne vient pas de lui, le débiteur qui la consent par voie d'emprunt, peut, indépendamment des modifications toutes naturelles que nous avons indiquées, en stipuler lui-même d'autres et de plus étendues dans l'acte de prêt. On ne peut, en effet, lui dénier le droit, pas plus que méconnaître son intérêt à restreindre, par exemple, en faveur de son crédit, les hypothèques qui grèvent ses immeubles.

4. En principe, la subrogation légale, toujours fondée sur un payement, ne diffère point, quant à ses effets, de la subrogation conventionnelle. C'est que la loi suppose un pacte tacite de subrogation entre le créancier et le tiers qui le paye.

Mais il y a cette différence notable : maître de la subrogation conventionnelle, le créancier l'est aussi de ses conditions. Dans la subrogation légale, au contraire, il ne l'est point. La loi la concède d'office et d'autorité, en la fondant sur la faveur du payement, et les plus puissantes considérations d'équité. Inutilement donc le créancier prétendrait, soit dans son intérêt, soit dans celui du débiteur, soit dans celui des autres créanciers, restreindre les effets naturels de la subrogation légale. Comme le tiers peut le contraindre à recevoir payement, et qu'il n'a pas besoin de son consentement pour être subrogé, il peut toujours payer et prendre, pour ainsi dire, subrogation de force.

Ce n'est pas, cependant, qu'on ne dût respecter les conven-

(1) Art. 1250, n° 88.

tions volontairement faites, au moment du payement, qui restreindraient les effets de la subrogation légale.

5. Ce n'est pas non plus que dans la prévision d'un payement devant emporter subrogation de plein droit, il ne puisse être convenu que les effets de la subrogation seront restreints et modifiés. Ainsi, le vendeur d'un immeuble hypothéqué peut stipuler que son acquéreur ne pourra point se prévaloir du tout, ou ne pourra se prévaloir que dans certaines limites de la subrogation légale, en cas qu'il paye les créanciers hypothécaires.

Le débiteur principal, le coobligé exposé à un recours intégral, peut également convenir avec sa caution ou son coobligé à tout autre titre, que sa subrogation légale sera modifiée dans tel ou tel sens. Il n'y a, en effet, rien d'essentiel dans les effets de la subrogation, et il est permis à l'intérêt privé de choisir les combinaisons et de stipuler les clauses qui lui sont les plus favorables.

6. Nous observerons enfin que les garanties résultant de la subrogation conventionnelle ou légale, ne sont pas inconciliables et peuvent se cumuler avec d'autres garanties résultant d'une convention antérieure ou postérieure au payement. Par exemple, en cas de subrogation par prêt, l'emprunteur peut, par l'acte d'emprunt, donner d'autres hypothèques, d'autres garanties, en sus de celles qui doivent résulter de la subrogation. De même l'acquéreur, outre sa subrogation de plein droit aux créanciers hypothécaires qu'il paye, peut avoir stipulé d'autres garanties de son vendeur.

7. Indépendamment de toute convention, les effets de la subrogation conventionnelle ou légale peuvent encore être modifiés, en plus ou en moins, dans les mains du créancier subrogé. Ainsi, la loi du 17 avril 1832, article 19, interdisait de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur, au profit de son mari ou de sa femme, de ses ascendants, descen-

dants, frères ou sœurs, ou alliés au même degré; et la loi du 13 décembre 1848 avait étendu le principe de cette disposition, en portant, article 10, que la contrainte par corps ne peut être prononcée ni exécutée au profit de l'oncle ou de la tante, du grand-oncle ou de la grand'tante, du neveu ou de la nièce, du petit-neveu ou de la petite-nièce, ni des alliés au même degré. Mais la subrogation, en substituant un nouveau créancier à l'ancien, change les rapports des personnes. Le fils peut devenir ou cesser d'être créancier de son père; en conséquence, le père cesse d'être ou devient passible de la contrainte par corps. Voilà donc la subrogation enlevant ou donnant au nouveau créancier un droit que le créancier précédent avait ou n'avait pas.

La créance ne changeant point dans sa quotité ni dans ses garanties réelles, les autres créanciers sont sans intérêt et sans droit à se plaindre. Tout se passe entre le débiteur et le créancier, et la modification ne touche qu'aux voies d'exécution. Or, si la contrainte par corps ne pouvait être exercée du père au fils, du frère au frère, c'était uniquement par des motifs de haute convenance et de moralité publique. Fondé sur des rapports tout personnels, cet obstacle à l'exercice de la contrainte par corps était donc également tout personnel, et suivait les divers changements de la personnalité des parties.

Quand nous disons que l'étranger subrogé à la créance du fils pouvait exercer la contrainte par corps contre son père, nous supposons que la subrogation s'était faite avant tout jugement de condamnation, et que c'était le créancier subrogé qui l'avait obtenu. Car si la condamnation avait été déjà prononcée contre le père sur les poursuites du fils, comme la contrainte par corps n'était jamais prononcée contre le débiteur au profit de ses descendants ou ascendants, il en résultait que le nouveau créancier subrogé ne pouvait exercer que les droits de l'ancien créancier, dans les limites des condamnations prononcées en sa faveur, et en conséquence, à l'exclusion de la contrainte par corps.

Mais, à supposer que le jugement eût été déjà rendu contre le père, sur les poursuites du créancier originaire étranger, et qu'il eût ainsi prononcé la contrainte par corps, le fils, ultérieurement subrogé, ne pouvait cependant user de ce moyen d'exécution contre son père.

8. A part ces exceptions, la subrogation se fait de la manière la plus complète aux droits, actions, priviléges ou hypothèques du créancier originaire (1).

Ainsi, le subrogé peut, comme son auteur, poursuivre le payement de sa créance devant toute juridiction compétente;

Obtenir et exercer la contrainte par corps;

Procéder par voie d'exécution parée;

Poursuivre même l'expropriation de son débiteur, avant que la signification du transport lui ait été faite. Si, en effet, il est saisi indépendamment de toute notification, l'article 2214 lui est inapplicable (2). Car cet article, parlant spécialement du cessionnaire, n'est que la conséquence du principe posé dans l'article 1690, qu'il n'est saisi que par la notification de son transport faite au débiteur, ou par l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique (3).

9. Il profite des inscriptions prises par le subrogeant. Mais la prudence lui conseille de les renouveler en son nom, pour prévenir toute mainlevée frauduleuse.

Que la subrogation résulte d'un titre authentique ou privé, il peut prendre ou renouveler en son nom personnel les inscriptions, sans qu'il soit nécessaire de faire inscrire la subrogation (4). Car le titre à viser est le titre origi-

(1) Cass., 14 déc. 1864. Sirey, 65, 1, 188. — 4 nov. 1868. Sirey, 69, 1, 25.

(2) Voy. *suprà*, art. 1250, n° 35.

(3) *Contrà*, Toullier, t. 7, n° 165.

(4) Troplong, *Hyp.*, n° 377.

naire du subrogeant, constitutif de l'hypothèque ou du privilége (1).

Il peut même se prévaloir de l'inscription prise ou renouvelée par le subrogeant après la subrogation, n'importe au nom de l'un ou de l'autre (2). A plus forte raison, profite-t-il, en cas de subrogation partielle, de la même inscription prise ou renouvelée par le subrogeant, pour la totalité de la créance (3). Si, en effet, le subrogeant a pris ou renouvelé l'inscription au nom du subrogé, il l'a fait comme *negotiorum gestor*. Or, un tiers peut, en cette qualité de gérant, requérir pour le créancier oublieux ou absent inscription de son privilége ou de son hypothèque, ce qui n'est, après tout, qu'un acte conservatoire (4). Et si le subrogeant a pris ou renouvelé l'inscription en son nom, qu'importe aux tiers qui sont suffisamment avertis, puisque, d'ailleurs, il est constant qu'il l'a fait encore dans l'intérêt du subrogé et comme son *negotiorum gestor?*

10. Le subrogé succède encore au gage. Si la subrogation n'est que partielle, et qu'il y ait concours entre plusieurs subrogés, ou entre le subrogeant et un ou plusieurs subrogés, tous retiennent le gage pour la totalité de la créance par la possession d'un seul. Quel qu'il soit, ce possesseur est, par la subrogation même, constitué mandataire de tous les autres. D'ailleurs, le gage est indivisible, et, de même que le cohéritier, le cocréancier qui a reçu sa portion de la dette ne peut le remettre au préjudice de ceux qui ne sont pas payés (2083).

Il faut en dire autant de l'antichrèse. Le subrogé succède à ce nantissement, bien que son existence ne le place point dans le cas de subrogation légale, suivant le n° 1 de l'article 1251 (5).

(1) Argument des arrêts rendus en cas de cession. — Cass., 4 avril 1810. SIREY, 10, 1, 218. — 7 octobre 1812. SIREY, 13, 1, 111. — 11 août 1819. SIREY, 19, 1, 490.

(2) TROPLONG, *Hyp.*, n° 380.

(3) Bordeaux, 7 mai 1836. SIREY, 36, 2, 488.

(4) TROPLONG, *Hyp.*, n° 673. — MERLIN, Rép. v° *Inscription*.

(5) Voy. art. 1251, n° 9.

11. Quant aux intérêts, le subrogé y a droit comme l'ancien créancier, pourvu que la créance en produise, ou qu'il réunisse à cette qualité celle de mandataire du débiteur. Nous renvoyons, à cet égard, à ce que nous avons dit plus haut (1).

12. Si le subrogeant avait, par rapport à sa créance, quelque action en responsabilité, quelque recours en indemnité contre des tiers, cette action et ce recours passeraient au subrogé, et seraient compris de droit dans la transmission qu'emporte toute subrogation conventionnelle ou légale (2).

13. Au nombre des droits et actions compris dans la subrogation se trouve le droit de poursuivre la résolution, à défaut de payement. On ne saurait raisonnablement le contester; car les droits et actions transmis par la subrogation comprennent sans distinction tous ceux qui ont trait au recouvrement de la créance; et le droit de poursuivre la résolution n'est que le complément naturel de l'action en payement des obligations résultant des contrats synallagmatiques. Nul doute donc que le subrogé ne puisse, comme aurait pu le faire le subrogeant lui-même, poursuivre la résolution pour défaut de payement.

Et, pour ne présenter qu'une hypothèse, je suppose : une femme a acheté un immeuble, elle ou ses auteurs. Plus tard, elle se marie sous le régime dotal avec constitution. Cet immeuble est, dès lors, inaliénable. Elle le vend; l'acquéreur emploie le prix à payer le vendeur non payé. Puis, la femme l'évince pour cause de dotalité. Subrogé aux droits du vendeur, il pourra poursuivre la résolution faute de payement, et reprendre, par cette action, la chose qu'il a perdue pour dotalité (3).

14. Que si la subrogation n'était que partielle, et qu'il y eût

(1) Art. 1153, n° 37.

(2) Cass., 9 mars 1837. Dalloz, 37, 1, 206. — 9 déc. 1863. Sirey, 64, 1, 177. — 5 août 1879. Sirey, 81, 1, 403.

(3) Voy. art, 1184, n° 101. — Art. 1251, n° 16.

concours entre plusieurs subrogés égaux en droit, le droit de poursuivre la résolution pour le total n'appartiendrait qu'à la coalition de tous les créanciers réunis. Expliquons-nous.

Nous pouvons supposer des subrogations partielles, soit pour une quote-part de la créance, comme un tiers, un quart, un sixième, soit pour une somme déterminée de francs et de centimes dans la même créance, comme douze cent cinquante francs trente-cinq centimes, neuf cent quatre-vingt-dix-sept francs soixante-onze centimes, etc... Qu'un seul subrogé partiel agisse en résolution pour la totalité, il excède son droit; car il n'a sur la chose qu'un droit correspondant, soit à sa quote-part, soit au nombre de francs et de centimes déterminé dans la créance. Son action ne peut donc dépasser les limites de son droit. Nous appliquons ici les principes de la divisibilité, et peu importe que la division ait été la conséquence de contrats divers.

Si celui qui a vendu seul un héritage sous faculté de rachat laisse plusieurs héritiers, chacun de ces cohéritiers ne peut user de la faculté de rachat que pour la part qu'il prend dans la succession (1669). Pourquoi n'en serait-il pas de même à l'égard de cosubrogés, de cocessionnaires, de cocréanciers? Les motifs sont exactement les mêmes; il n'y a de différence que dans les causes de la division du droit. Au lieu de s'opérer par l'effet d'une succession, elle s'opère par l'effet d'un contrat. Mais le droit est toujours divisé, et il y a concours d'ayants-droit dans l'exercice d'une condition résolutoire. Chaque subrogé ne peut donc exercer cette action que pour la part qu'il prend dans la créance, tout de même que chaque cocessionnaire de la faculté de rachat ne peut en user que pour la part qui lui a été cédée.

Or, voici en quel sens a lieu cette restriction de l'action en résolution : Celui contre lequel on la poursuit peut exiger que tous les cosubrogés, le subrogeant lui-même, s'il est demeuré créancier, soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de la chose; et, s'ils ne se concilient pas, il est

renvoyé de la demande. Nous argumentons encore des principes posés par l'article 1670, relativement à l'exercice de la faculté de rachat. C'est que nous nous trouvons également en face du fractionnement du droit et de l'indivisibilité contractuelle de la chose. L'intérêt du détenteur est de ne pas être dépouillé d'une partie de la chose seulement, alors qu'il l'a acquise avec l'intention d'avoir tout ou de n'avoir rien. Voilà pourquoi et en quel sens l'action en résolution est indivisible; pourquoi le détenteur poursuivi peut demander la coalition et la conciliation de tous les cosubrogés, de tous les cocréanciers (1).

Mais ce n'est pour lui qu'une simple faculté. Il peut accepter l'action d'un seul, divisée dans la proportion de sa subrogation, sauf aux autres à intervenir ou à agir ultérieurement.

Il peut encore accepter l'action pour le total, bien qu'elle soit intentée par un seul, sauf de même l'intervention des autres subrogés ou du subrogeant non intégralement payés. Que si la résolution est prononcée pour le total au profit d'un seul, les autres cosubrogés non payés pourront recourir contre lui, et, à défaut de payement, poursuivre, pour la part qui les concerne, la résolution du contrat primitif. Pour cette part, en effet, l'acquiescement de l'acquéreur à une résolution pour le total, et au delà du droit partiel du poursuivant, n'a pu préjudicier aux autres subrogés qui se sont fait connaître. Ils sont restés dans toute l'intégrité de leurs droits, pour la part de la chose correspondante à leurs créances. Outre leur action personnelle contre l'acquéreur, qui ne peut s'en dégager par une résolution qui vient de sa faute, ils ont ainsi, au moyen de la subrogation, pourvu qu'ils n'aient pas déclaré y renoncer, une action en résolution faute de payement contre leur cosubrogé qui a poursuivi et obtenu indûment la résolution du contrat pour le total. Mais si l'acquéreur, poursuivi personnellement, a été obligé de payer, malgré la résolution, il aura un recours

(1) Voy. art. 1184, nos 75 et suiv.

contre celui des subrogés ou contre le subrogeant qui a fait résoudre, pour tout ce qu'il aura acquitté, parce qu'il doit être remis au même et semblable état qu'avant la convention, et que la partie qui a fait résoudre s'est par cela même obligée à l'indemniser, par voie de restitution, de tout ce qu'il pourrait avoir déjà payé ou devoir payer plus tard, aux autres subrogés, qui, en se faisant connaître, se sont par cela même opposés à ce qu'il fût fait aucun acte préjudiciable à leurs droits.

15. Supposons maintenant que ce concours, au lieu d'exister entre subrogés partiels, existe entre le subrogeant et un ou plusieurs subrogés. L'acquéreur a toujours intérêt à une résolution totale; il pourra donc exiger que les subrogés et le subrogeant s'entendent pour la demander pour le tout.

Mais le subrogeant la poursuit pour la totalité. D'une part, l'acquéreur peut-il demander que son action soit restreinte à la part qu'il a conservée dans la créance? D'autre part, les autres subrogés peuvent-ils, sous prétexte de la division de la créance, demander que l'action soit restreinte, ou qu'ils soient admis à y concourir? Ni l'acquéreur poursuivi, ni les subrogés ne le peuvent. En effet, le créancier qui n'a été payé qu'en partie, peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel (1252). Il est censé s'être réservé tous les droits les plus éminents, ceux qui pouvaient le mieux assurer le recouvrement de sa créance. Et on ne contestera pas qu'en première ligne ne se présente le droit de poursuivre la résolution. Il s'est donc réservé ce droit à l'exclusion des subrogés partiels, à moins qu'il n'y ait renoncé en admettant ceux-ci sur un pied de parfaite égalité, ou même en leur accordant un droit de priorité sur lui-même. Mais, en dehors de ces stipulations particulières, lorsqu'il agit en résolution pour la totalité, il n'agit pas sans droit, et les subrogés partiels ne peuvent prétendre à aucun concours dans l'exercice de l'action. Par conséquent, l'acquéreur ne peut faire aucune objection tirée du défaut de droit de

la part du poursuivant, et la seule chose qu'il pourrait demander, c'est-à-dire la reprise totale de la chose, le demandeur lui-même la réclame (1).

Mais alors le subrogeant rentré dans sa chose, par suite de la résolution, doit personnellement rembourser les subrogés, qui cessent d'ailleurs d'avoir hypothèque ou privilége sur la chose, et n'auraient même pas le droit de poursuivre la résolution contre lui, à défaut de payement, parce que la résolution prononcée fait qu'il est censé n'avoir jamais aliéné.

16. Les autres créanciers exclus de l'exercice de cette action en résolution, peuvent la prévenir et l'empêcher, en payant ce qui peut rester dû au subrogeant. Il lui seront alors subrogés de plein droit, parce que, étant eux-mêmes créanciers, ils en auront payé un autre qui leur était préférable, non pas à cause de sa préférence dans l'exercice du droit de poursuivre la résolution, mais à cause des hypothèques ou des priviléges dont il s'est tacitement réservé la priorité. A ce sujet, nous posons donc en principe, que toute subrogation partielle qui maintient en faveur du subrogeant, pour ce qui lui reste dû, un droit de préférence qui se rattache à des priviléges ou hypothèques, ouvre aussitôt pour chaque subrogé non payé, un droit à la subrogation légale, au moyen du payement complet du subrogeant (1251, 1°).

17. Les créanciers chirographaires ou hypothécaires ont le plus souvent intérêt à prévenir l'exercice de l'action résolutoire contre leur débiteur, ceux-ci pour la conservation de leurs hypothèques, ceux-là pour la conservation du gage commun, qui vaut mieux que son prix. Lors donc que le vendeur se dispose à intenter, ou même a déjà intenté l'action en résolution, chaque créancier de l'acquéreur a droit de lui payer ce qui lui reste dû, afin de conserver dans les mains de son débiteur une chose qui a augmenté de valeur, ou a été achetée à vil

(1) Bourges, 19 juin 1838. — *Journ. du Palais*, 1838, t. 2, p. 615.

prix. Et ce créancier, au moyen du payement qu'il effectue, est subrogé de plein droit aux actions du créancier qu'il paye, parce que ce dernier lui est préférable à raison de son privilége de vendeur.

Mais voilà que ce créancier subrogé trouve lui-même son compte à exercer dans son intérêt personnel l'action en résolution. Il appartient alors aux autres créanciers d'en prévenir ou d'en arrêter l'exercice en payant le subrogé, et d'obtenir, par suite de ce payement, la subrogation légale; de telle sorte, qu'on peut supposer une succession de subrogations, dont le cercle va toujours se rétrécissant, au fur et à mesure que de nouvelles subrogations interviennent. Qu'on veuille bien ne pas s'en trop effrayer : l'intérêt privé est là qui veille pour se protéger et se défendre. Ce mouvement de subrogations s'arrêtera toujours de lui-même, soit devant la menace perpétuelle de remboursement, si le subrogé veut poursuivre la résolution; soit devant un remboursement effectif de toutes ses créances; soit devant l'intérêt bien entendu de tous à réaliser le gage commun par l'expropriation ou la poursuite hypothécaire; soit enfin devant la conciliation et l'accord de tous les créanciers.

18. Comme la subrogation a essentiellement son principe dans un fait juridique de payement, elle ne transfère au subrogé que les droits et actions qui ont trait au recouvrement de la créance payée. Que veut, en effet, le subrogé? Se faire subroger à la créance qu'il paye, afin d'obtenir du débiteur le remboursement de ce qu'il a payé. Voilà pourquoi nous comprenons dans la subrogation toutes les actions relatives au recouvrement de la créance transférée. Mais si nous supposons une créance dérivant d'un contrat soumis à une condition résolutoire expresse et opérant de plein droit, ou d'un contrat entaché d'un vice de nullité ou de rescision; par exemple, un prix de vente, quand la chose a été vendue sous condition résolutoire, ou bien quand le contrat renferme une

lésion de plus des sept-douzièmes; nous disons qu'alors la subrogation à la créance du vendeur ne donne pas au subrogé le droit de se prévaloir de l'accomplissement de la condition, ou de l'action en rescision pour lésion. Le contrat ne sera rescindé ou résolu que pour le subrogeant.

Ces actions n'ont pas, comme la résolution faute de payement, trait au recouvrement de la créance. Bien loin de là, la vente une fois rescindée ou résolue, il sera censé n'y avoir jamais eu de créance, de telle sorte que le prétendu subrogé n'aura contre le vendeur, subrogeant, qu'une action en répétition de l'indû. En un mot, la subrogation se sera faite à la créance, et non au contrat tout entier, non aux actions placées en dehors de la créance proprement dite.

19. C'était, autrefois, une question grave, que de savoir si la subrogation avait lieu, tant contre les cautions que contre les débiteurs principaux. Les uns disaient que la caution ne s'était peut-être obligée qu'en considération de la personne du créancier, de la facilité de ses mœurs, de l'humanité de son caractère; qu'elle avait, en conséquence, un grand intérêt à ne pas tomber dans les mains d'un créancier dur et intraitable. Le parlement de Normandie, par un arrêt de règlement du 6 avril 1666, article 32, avait donc décidé que la subrogation n'a pas lieu contre la caution ou pleige (1). Et Bretonnier (2) trouve cette décision plus conforme aux principes du droit, Dumoulin (3) avait dit déjà qu'il importe aux individus, qu'il importe au public qu'un créancier de choix et commode ne soit point changé.

Mais un arrêt de règlement du parlement de Paris, en date du 6 juillet 1690, avait décidé, au contraire, que la subrogation avait lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs,

(1) Basnage, *Hyp.*, ch. 15, p. 375. — Argou, t. 2, p. 356.
(2) V° *Subrogation*, t. 2, p. 276.
(3) *Poitou*, art 330.

sans distinguer entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale (1).

Cette jurisprudence, le Code civil l'a consacrée. Et, quoi qu'en dise Bretonnier, nous la trouvons plus conforme aux principes du droit. La caution s'est, en effet, obligée à payer la dette, si le débiteur ne la paye pas lui-même; son engagement fait partie intégrante de la créance; il en est le complément et la garantie. D'autre part, être subrogé à la créance, c'est avoir toutes les actions, tous les droits destinés à la faire valoir et à en assurer le recouvrement. Quant à ce que dit Dumoulin de l'intérêt public, qui veut qu'on ne change pas un créancier de choix, nous répondons que la caution a dû savoir que la créance qu'elle cautionnait était une chose dans le commerce, qui pouvait être cédée et transportée à un autre, ne fût-ce que par voie de transmission héréditaire; qu'elle a dû, dès lors, s'attendre à quelque changement de créancier; que c'était à elle, en s'engageant, à stipuler telles et telles conditions à sa convenance; que ce prétendu intérêt public n'est, à tout prendre, qu'un intérêt privé, et encore de la qualité la plus médiocre, puisqu'il ne peut être que celui d'un mauvais payeur, lequel ne doit guère toucher le cœur de la loi.

Cette subrogation aux droits du créancier contre la caution a lieu dans tous les cas où le payement effectué par le subrogé n'a pas eu précisément pour conséquence d'éteindre les obligations résultant du cautionnement. C'est ce qui arrive toutes les fois que celui qui paye avec subrogation n'est pas réputé être, par rapport à la caution, obligé principalement. Comme alors les obligations qui naissent du cautionnement ne sont point éteintes par le payement, la subrogation aux droits du créancier se donne contre la caution, mais sans préjudice du droit qui lui appartient, soit de se prévaloir de la subrogation de droit qu'elle acquiert par le payement, du moins quand elle n'est pas réputée obligé principal, par rapport au

(1) Bretonnier, Basnage, *ibid.*

subrogé qu'elle paye (1); soit de se faire décharger, conformément à l'article 2037, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur. Ainsi ce concilient les effets légaux de la subrogation avec les principes du cautionnement.

Telle est la position du tiers détenteur, acquéreur, échangiste, donataire, qui n'étant ni personnellement ni principalement obligé, n'est tenu de la dette que par l'action hypothécaire. Il est, en payant le créancier, subrogé à ses droits contre la caution. Celle-ci, il est vrai, sera elle-même subrogée aux droits de ce tiers détenteur, c'est-à-dire aux droits du créancier lui-même, lorsqu'elle l'aura remboursé, de telle sorte qu'il semble, au premier abord, que l'action du subrogé contre la caution doit réfléchir contre lui-même et s'emprisonner dans un cercle sans issue; que, conséquemment, elle doit être repoussée. Mais il suffit, pour démontrer l'inexactitude de ce faux aperçu, de considérer combien les deux actions, du subrogé contre la caution, et de la caution contre le subrogé, ont des caractères différents. La caution est, en effet, tenue personnellement, sur l'ensemble de sa fortune; le subrogé, comme tiers détenteur, n'est pas débiteur personnel, il n'est tenu qu'à cause de la possession de la chose hypothéquée, et en la délaissant, il est complétement dégagé. Ces deux actions sont ainsi fort différentes dans leur nature, dans leur principe, et non moins inégales dans leur portée, dans leur étendue. Il n'est donc pas possible de les compenser, de les neutraliser l'une par l'autre, sous le prétexte que l'action du subrogé contre la caution, en sa qualité d'obligé personnel, ouvre immédiatement en faveur de cette dernière contre le subrogé pris comme tiers détenteur, une action hypothécaire. Bien loin qu'il y ait le moindre circuit d'actions, chaque partie ne

(1) Voy. Gauthier, nos 439 et suiv. — Mourlon, p. 81, 413 et suiv. — *Contrà*, Troplong, *Caut.*, nos 428 et suiv.

fait qu'exercer les droits propres qui lui appartiennent. Il n'y aurait de circuit vicieux que si, ce qui n'est pas, il y avait parité entre les deux actions, et si l'action hypothécaire dirigée contre le tiers détenteur ne pouvait pas être inefficace en totalité ou en partie (1).

On ne doit pas placer sur une ligne différente le légataire particulier, ni le cohéritier ou successeur universel qui a été obligé, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué, de payer la dette héréditaire au delà de sa portion virile (2). Pour tout ce qui excède cette portion, il n'est pas, en effet, personnellement tenu. Sa part confuse en lui, il est, pour le surplus, subrogé aux droits du créancier, et, par suite, à ses droits contre la caution. Telle est enfin la condition de celui qui, en s'obligeant conjointement, mais non solidairement, avec d'autres, a donné sur ses biens pour le tout, et pour la garantie du créancier, une hypothèque par suite de laquelle il a été forcé d'acquitter l'intégralité de la dette. Déduction faite de sa part, il est fondé à exercer contre le tiers qui s'est porté caution de l'obligation conjointe, les droits et actions du créancier originaire.

Mais nous reproduisons ici notre double observation : c'est d'abord que la caution poursuivie peut se prévaloir de l'article 2037 pour obtenir sa décharge, et qu'elle n'encourt l'action du subrogé que dans le cas où elle peut être subrogée aux droits, hypothèques et priviléges du créancier. Car, en restant caution et toujours obligée comme telle, il ne faut pas que sa condition soit empirée. C'est ensuite qu'en remboursant le subrogé, elle sera elle-même subrogée dès lors aux droits du créancier, et fondée, à ce titre, à agir hypothécairement contre le ci-devant subrogé tiers détenteur, alors du moins que l'hypothèque a été donnée tant pour la garantie de son recours que pour la sûreté du créancier, tandis que le cautionnement

(1) *Contrà*, GAUTHIER, n° 456.
(2) *Contrà*, GAUTHIER, n[os] 483-487.

n'a point été fourni dans l'intérêt du tiers détenteur. Il n'est pas vrai alors que ce dernier ait, par la subrogation, une action entière et absolue en indemnité contre la caution, puisqu'une pareille action aurait pour résultat de la priver du bénéfice de l'article 2037, au profit du tiers détenteur auquel elle n'a rien promis (1), et qui, bien loin d'avoir un droit qui soit préférable au sien, doit, au contraire, subir l'action hypothécaire sur les biens qu'il détient, comme le principal débiteur en serait tenu lui-même, s'il les possédait encore.

A ces conditions, qui ne sont que la combinaison des effets de la subrogation et du cautionnement, l'action du tiers détenteur contre la caution ne présente rien de contraire à l'équité. La caution conserve, en effet, pour l'exercice de son recours, toutes les garanties sur lesquelles elle a compté en s'obligeant; elle a l'action personnelle contre le débiteur principal, et l'action hypothécaire inhérente à la dette. Que peut-elle exiger de plus? Est-ce que sa position n'est pas exactement la même que si le créancier, en personne ou par mandataire, au lieu de poursuivre le tiers détenteur, avait commencé par la poursuivre elle-même? Dans ce cas, elle n'aurait pu se défendre de l'action que par l'impossibilité de la subrogation en sa faveur, suivant l'article 2037; or, nous lui reconnaissons toujours ce droit. Elle n'aurait eu ensuite à exercer contre le tiers détenteur qu'un recours hypothécaire; nous lui reconnaissons encore le droit d'exercer ce recours. L'ordre des poursuites du créancier n'est-il pas indifférent? En quoi peut-il modifier le fond du droit des parties?

Sur quelles raisons prétendrait-elle donc fonder sa décharge? Pour qu'elle l'obtînt, il faudrait qu'on pût considérer le cohéritier ou codébiteur conjoint comme personnellement et principalement tenu, par rapport à elle, de la totalité de la dette héréditaire ou conjointe, au delà même de sa part virile. Mais ce serait renverser tous les principes de la divisibilité de

(1) Voy. cep. TROPLONG, *Caut.*, nos 428 et suiv.

l'obligation, en ce qui concerne la personnalité du lien. Car, en droit, bien que l'obligation réelle dérivant du droit hypothécaire soit indivisible, comme ce droit lui-même, le cohéritier ne laisse pas, pour tout ce qui excède sa part contributive, d'être réputé tiers étranger, acquittant, lorsqu'il paye, la dette d'un autre; et c'est pour cela même qu'il est subrogé. Qu'il soit hypothécairement tenu pour le tout; soit : c'est là le principe de sa subrogation; mais il ne s'ensuit pas que le payement par lui effectué entraîne la décharge de la caution. Loin de là, ce payement opérant subrogation en sa faveur, ne produit point l'extinction de la dette et maintient les effets du cautionnement. Les obligations de la caution ne pourraient donc être considérées comme éteintes que si l'action hypothécaire qu'elle a contre le tiers détenteur était réputée, ce qui n'est pas possible, l'équivalent de l'action personnelle qui appartient contre elle à ce dernier, pour les causes mêmes de sa subrogation.

Du reste, il doit rarement arriver que le tiers détenteur exerce contre la caution une action qui ouvre immédiatement un recours de sa part contre lui. Cette action et son utilité ne se comprennent, en effet, que dans le cas où, par suite de l'insuffisance du gage, la chose hypothéquée n'offre qu'une garantie inférieure au montant du recours.

Quant aux tiers détenteurs, tels qu'un acquéreur, un légataire particulier, un donataire, il est évident que le cohéritier, ou successeur universel ou à titre universel qui a payé plus que sa part virile, en sa propre qualité de tiers détenteur, ne peut exercer contre eux aucune action en recours ou en indemnité. Comme la succession qu'il représente pour partie est tenue, soit de les garantir formellement, soit de ne rien faire qui tende à leur éviction; comme, en outre, l'action hypothécaire qu'il prétend exercer contre eux est indivisible, l'exception de garantie qui s'y rattache étant indivisible elle-même suffit pour faire repousser son action (1). Si, au delà de sa part

(1) Gauthier, n°s 484 et suiv.

héréditaire, il n'a pas payé sa dette personnelle, c'est encore moins la dette des tiers détenteurs qu'il a acquittée; c'est celle de la succession. Toute subrogation en sa faveur manque donc, à leur égard, de base légale, et il n'a de recours que contre ses cohéritiers ou contre les cautions, ainsi que nous venons de l'expliquer.

20. La subrogation ne doit pas aggraver la situation du débiteur, en changeant les conditions de la dette. Si donc il y avait concours de subrogés, qui pour un tiers, qui pour un quart, qui pour un cinquième, ou pour des sommes déterminées, le débiteur pourrait exiger que tous se réunissent pour recevoir la totalité de la dette. C'est là, en effet, une division en dehors des prévisions du contrat, et qui tendrait à forcer le débiteur à payer par portions, alors que l'exécution doit, entre contractants, se faire d'une manière indivisible (1). Que sont, en effet, les subrogés? La monnaie du créancier qu'ils représentent par leur ensemble. Ils doivent donc, sur la demande du débiteur, se coaliser, pour éviter la pluralité des actions et des procès. Mais il est clair que si la dette était divisée par pactes et qu'il y eût autant de subrogations distinctes, chaque subrogé pourrait demander sa part.

21. La subrogation ayant pour effet de faire entrer un nouveau créancier dans les droits et actions d'un autre, il semble, au premier abord, en résulter que le subrogé ne peut désormais exercer les droits dérivant pour lui de la subrogation que dans le temps où le subrogé aurait pu le faire lui-même; en un mot, qu'il ne s'ouvre pas une ère nouvelle de prescription, à partir du fait qui a produit la subrogation.

Nous ferons d'abord observer qu'il arrive très souvent que le fait même qui produit la subrogation amène une interruption de la prescription. Ainsi, dans la subrogation convention-

(1) DUMOULIN, *De div. et indiv.*, p. 2, n° 6. — TOULLIER, t. 7, n° 148, note.

nelle opérée par voie d'emprunt, l'opération commence par une reconnaissance de la dette. Ainsi encore de la subrogation légale qui s'opère au moyen du payement fait par un coobligé solidaire (2249), par une caution (1), par un héritier bénéficiaire, lesquels, en payant, reconnaissent la dette et interrompent la prescription. Dans tous ces cas, une ère nouvelle s'ouvre pour la prescription, à partir du payement, en faveur du subrogé, comme elle se serait ouverte en faveur de l'ancien créancier.

Mais il arrive aussi que la subrogation s'opère sans le concours du débiteur, sans reconnaissance de la dette de sa part, conséquemment sans interruption de la prescription. Alors le subrogé, en tant que subrogé, ne peut agir contre le débiteur après le temps où la prescription se serait trouvée accomplie, si la créance était restée dans les mains de l'ancien créancier. Et, supposé que le débiteur renonçât à la prescription acquise, toutes parties intéressées pourraient l'opposer, malgré sa renonciation (2225).

22. Cependant nous avons dit que l'action du nouveau créancier n'était ainsi restreinte, quant à sa durée, qu'autant qu'il agissait comme subrogé. En effet, en dehors de la subrogation, il naît du fait qui l'a produite, soit une action de mandat qui dure trente ans, soit une action pour gestion d'affaires qui dure également trente ans. Le subrogé pourra donc agir à titre de mandataire ou de gérant, alors qu'il ne le pourra plus comme subrogé (2).

Telle est la position du créancier qui en paye un autre qui lui est préférable, de l'acquéreur qui emploie son prix à payer les créanciers hypothécaires, du tiers qui se fait subroger par le créancier qu'il paye. Voilà donc une action différente prenant racines sur le fait de payement, et remplaçant, autant que possible, la créance éteinte, objet de la subrogation.

(1) Troplong, *Prescript.*, n° 635.

(2) Zachariæ, t. 3, p. 162, nte 4, 1re édit., et t. 4, p. 689, nte 9, 4e édit. — Troplong, *Caut.*, n° 364, et *Prescript.*, n° 1034.

Mais remarquons que le prétendu subrogé n'a plus aucun des droits résultant de la subrogation, pas même envers le débiteur. Plus d'hypothèques, plus de priviléges; simples accessoires, ils sont éteints avec le principal. Il n'a que des droits de mandataire ou de gérant; de telle sorte que si l'ancienne créance produisait des intérêts et qu'il n'eût qu'une action pour gestion d'affaires, il ne pourrait pas, à ce titre, en réclamer, du moins de plein droit, du jour de ses avances (1).

Quant au recours pour les sommes principales payées en l'acquit du débiteur, son efficacité même dépend beaucoup des circonstances. Il n'est, en effet, fondé que sur l'utilité de la gestion. Il faut donc que la gestion ait été utile au débiteur, c'est-à-dire qu'il ait profité du payement fait par le tiers. Or, ce payement paraîtra toujours d'autant moins profitable au débiteur, qu'il restait moins de temps à courir pour que la prescription fût accomplie, et qu'il avait ainsi plus de chances de libération sans rien payer; que le créancier se montrait moins disposé à poursuivre et plus disposé, au contraire, à demeurer inactif; enfin, que le tiers qui a payé avait lui-même moins d'intérêt personnel à faire le payement.

Toutes ces questions appartiennent souverainement à l'appréciation des tribunaux. Ils verront, d'après les circonstances, s'il convient de donner, après la prescription de la dette, au tiers qui a payé avec subrogation, à défaut des droits du subrogeant, l'action pour gestion d'affaires qui dure trente ans. Ils verront enfin si l'exercice de cette action contre le débiteur le place dans une position pire que si le payement n'avait pas eu lieu, ce qui arrivera toutes les fois que ce payement a été effectué dans des circonstances telles que le débiteur avait pour lui les plus grandes chances de prescription. L'appréciation des faits les mettra toujours à même de distinguer ainsi les payements réellement profitables, des gestions inutiles et des payements même frauduleux (2).

(1) Art. 1154, n° 37.

(2) Duranton, t. 12, n° 128. — Voy. art. 1375, n° 27.

Nous noterons, à ce sujet, une nouvelle différence entre la cession et la subrogation. C'est que le cessionnaire, ne payant rien en l'acquit du débiteur, ne peut jamais agir contre lui pour gestion d'affaires, et qu'il doit nécessairement poursuivre le recouvrement de la créance cédée dans le temps qui restait encore au cédant pour l'exercice de son action.

Nous aurons encore à signaler d'autres dissemblances dans le cours du commentaire qu'il nous reste à faire de la dernière partie de notre article.

23. « La subrogation ne peut nuire au créancier, lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel (1252). » La loi présume qu'il n'a pas entendu que la subrogation tournât contre lui-même. *Nemo contrà se subrogasse videtur* (1). Cette maxime de l'ancien droit, le Code civil l'a consacrée.

24. Cette disposition s'applique à toute espèce de subrogation. L'article 1252 parle, en effet, de la subrogation établie par les articles précédents, c'est-à-dire de la subrogation conventionnelle, aussi bien que de la subrogation légale. Peu importe donc qu'il s'agisse d'une subrogation consentie par le créancier, ou d'une subrogation provenant du fait du débiteur qui emprunte, ou de l'autorité de la loi qui la concède de plein droit. Elle ne peut nuire au créancier qui n'a reçu qu'un payement partiel.

25. Quelque respectable que puisse être, comme antique tradition, cette disposition de l'article 1252, nous ne sommes point disposé à la reconnaître comme parfaitement équitable et juste, dans certaines conséquences qu'on est obligé d'en déduire.

(1) DUMOULIN, *De usuris*, Quest. 89, n° 670. — POTHIER, *Orléans*, art. 476. RENUSSON, ch. 15. — BOURJON, p. 601, n° 187. — MERLIN, Rép., v° *Subrog.*, sect. 2, § 8, n° 7. — Voy. cep. BRETONNIER, v° *Subrog.*, t. 2, p. 279.

Paul doit dix mille francs à Pierre, sous la garantie d'une hypothèque. Je paye cinq mille francs à ce dernier, aux droits duquel je suis subrogé. Pierre n'a reçu qu'un payement partiel. Que la subrogation, dans ce cas, ne puisse lui être préjudiciable, en ce sens d'abord que, quelle que soit la valeur de l'hypothèque, il n'aura pas à me rendre ce qu'il a reçu, et en ce sens encore que, dans la distribution du gage, je ne passerai pas avant lui pour les cinq mille francs montant de ma subrogation : Voilà qui est de toute justice, parce que le subrogeant n'a point garanti la solvabilité du débiteur, et qu'il ne m'a point transmis de droits supérieurs à ceux qu'il s'est réservés.

Mais la loi va beaucoup plus loin, trop loin suivant nous. Ce n'est pas seulement un concours, une égalité de droits qu'elle assure au créancier qui n'a reçu qu'un payement partiel; c'est un droit de préférence qu'elle reconnaît en sa faveur. Et en voici la conséquence dans notre espèce : Paul est exproprié; le résultat de son expropriation donne cinq mille francs à distribuer entre Pierre, subrogeant, et moi, subrogé. Pierre prendra ces cinq mille francs, et moi je n'aurai rien. Il aura ainsi reçu, en deux fois, la totalité de sa créance. Ne serait-il pas plus équitable de nous admettre tous les deux, Pierre pour ce qui lui reste dû, moi pour ce que je lui ai payé, concurremment et sur la même ligne, dans la distribution du gage commun, puisque nous avons des droits identiques, fractions d'une seule et même créance? Pierre prendrait alors, outre les cinq mille francs que je lui ai payés, sur les cinq mille francs à distribuer, une part proportionnelle à ce qui lui reste dû, comme moi-même une part proportionnelle à ce que je lui ai payé, de façon qu'il aurait, en définitive, sept mille cinq cents francs, et moi deux mille cinq cents francs. Ce résultat n'est-il pas empreint de la plus parfaite équité? Le créancier n'y gagne-t-il pas, puisqu'il a deux mille cinq cent francs de plus qu'il n'aurait eu sans la subrogation? N'est-ce pas assez que le subrogeant et le subrogé, partageant entre eux la

créance, partageant également désormais les chances d'insolvabilité (1)?

Mais si nous supposons que le subrogé partiel est, d'ailleurs, personnellement obligé envers le créancier pour ce qui lui reste dû, comme une caution, un codébiteur solidaire, qui ont payé une partie de la dette, l'appréciation semble devoir changer avec le point de vue. Cependant, il n'est pas plus juste, au fond, dans ce cas que dans l'autre, que l'ancien créancier puisse exercer ses droits par préférence à son obligé personnel, duquel il n'a reçu qu'un payement pour partie. Le subrogé n'y perd rien, il est vrai, puisqu'il ne fait qu'acquitter son obligation; mais il y a perte pour ses autres créanciers, qui, autrement, concourraient avec le subrogeant dans la distribution de la part qu'il aurait prise lui-même dans le gage commun, à titre de subrogé.

Par exemple, une caution paye mille francs. Il reste dû encore mille francs. Il y a juste mille francs à distribuer sur le débiteur principal. Si le créancier ne prenait que cinq cents francs, et la caution aussi cinq cents francs, à titre de subrogé, il en résulterait que le créancier n'aurait que quinze cents francs, sauf ce qu'il pourrait obtenir, en outre, sur les cinq cents francs revenant à la caution, mais en concours avec les autres créanciers de cette dernière. Nous disons que, dans ce cas, il n'est pas juste que la subrogation donne à l'ancien créancier le privilége d'exercer ses droits par préférence à son obligé personnel, caution ou codébiteur solidaire, qui ne lui a fait qu'un payement partiel. Si, en effet, il avait commencé par poursuivre le débiteur principal, il aurait touché d'abord mille francs, et, pour le surplus, il serait venu en concours avec les autres créanciers dans la distribution des biens de la caution. Il aurait ainsi moins obtenu. Pourquoi donc ce

(1) DURANTON, t. 12, n° 186. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 379, n^te 41, 1re édit., et t. 4, p. 191, n^te 89, 4e édit.

double avantage, résultant du fait du payement partiel et du droit de préférence réservé pour le surplus?

Aussi, la disposition de l'article 1252, nous parait-elle, comme à M. Duranton et aux annotateurs de M. Zachariæ, injuste et irréfléchie. Elle a son point de départ dans cette idée éminemment fausse, que vis-à-vis du subrogeant le subrogé n'est qu'un *negotiorum gestor*, n'ayant de recours qu'à ce titre, tandis, au contraire, que vis-à-vis du débiteur, mais vis-à-vis du débiteur seulement, il exerce tous les droits et actions du subrogeant. Non, telle n'est pas la position du subrogé, il est, vis-à-vis de tous, l'ayant-cause du subrogeant : il en exerce les droits, les actions, les hypothèques, pour tout ce qu'il a payé avec subrogation. En un mot, en divisant sa créance, le subrogeant admet un concours fondé sur l'identité des droits transférés au subrogé avec ceux qu'il a gardés dans ses mains (1).

26. Les termes généraux de l'article 1252 semblent assurer un droit de préférence au subrogeant, alors même que sa créance ne serait garantie par aucune cause légitime de préférence, telle qu'un gage, un privilége, une hypothèque. Il faut néanmoins rapprocher ses dispositions de quelques principes élémentaires.

Il est certain d'abord que celui qui a fait le payement partiel pouvait le faire purement et simplement pour libérer le débiteur, sauf son recours contre lui, en qualité de *negotiorum gestor*. Il est certain, d'autre part, que la subrogation étant tout entière à son avantage, il peut y renoncer. Dès lors, il se présente concurremment avec le subrogeant, comme tout autre créancier du débiteur commun. Cette vérité est encore plus sensible, si l'on suppose une subrogation consentie par le débiteur qui emprunte pour payer un terme échu de la dette. Dans ce cas, la subrogation a lieu sans le concours, même malgré la volonté du créancier. Comment peut-il prétendre,

(1) Voy. cep. Gauthier, n° 64.

sous prétexte de subrogation, qu'il a sur le subrogé un droit de préférence qu'il n'a pas contre les autres créanciers simplement chirographaires du débiteur? Ne gagne-t-il déjà pas assez au payement partiel qu'il a reçu, puisque, sans lui, il aurait touché moins sur le montant de sa créance?

Mais lorsqu'il y a un privilége ou une hypothèque, comme celui qui a affecté avec subrogation un payement partiel, est obligé d'invoquer son titre de subrogé pour se prévaloir de ces causes légitimes de préférence, il est forcé de subir, comme conséquence de la subrogation qu'il invoque, le droit de préférence que l'article 1252 assure au subrogeant (1).

27. Que si nous supposons une dette chirographaire, garantie par la simple adjonction d'une caution, nous disons que le subrogé partiel doit alors concourir avec le subrogeant dans la distribution des biens, soit du débiteur principal, soit de la caution. Le titre de *negotiorum gestor* lui suffit, en effet, pour cela, et il résulte du payement qu'il a effectué qu'il a entendu faire l'affaire de l'un et de l'autre.

M. Duranton (2) dit, cependant, que l'article 1252 donne un droit de préférence dans l'exercice du cautionnement au créancier qui n'a reçu qu'un payement partiel. Mais cette opinion nous paraît contraire au principe que le tiers qui paye autant en l'acquit de la caution que du principal obligé, a un recours pour gestion d'affaires contre la caution elle-même. N'est-il pas évident, en effet, que la subrogation exprimée dans la quittance, ne valût-elle pas comme subrogation, aurait toujours pour effet de montrer que le payement a été fait à la décharge de la caution et de l'obligé principal? Que serait-ce, si le subrogé partiel avait fait précisément un prêt à la caution? Est-ce qu'il n'aurait pas un recours contre elle, ne fût-ce qu'à

(1) DURANTON, t. 12, nº 186. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 380, nte 43, 1re édit., et t. 4, p. 191, nte 91, 4e édit. — MARCADÉ, art. 1252, nº 2. — GAUTHIER, nº 65.

(2) T. 12, nº 186.

titre de prêteur, outre celui qu'il a contre le débiteur personnellement et principalement obligé?

L'engagement est-il solidaire? le tiers qui a payé en partie et avec subrogation la dette chirographaire, pourra de même, concurremment avec le subrogeant, se faire colloquer dans la distribution des biens des divers coobligés. Son payement indique, en effet, de sa part, l'intention de gérer l'affaire de tous. Il est pour ce qu'il a payé le *negotiorum gestor* de tous et de chacun. Il concourt donc à ce titre avec le subrogeant; car la solidarité à laquelle il est subrogé, fait de la dette la dette d'un seul, et en même temps la dette de tous.

28. Il faut en dire autant de la caution du codébiteur solidaire, du cofidéjusseur, de tous ceux enfin qui, étant tenus pour ou avec d'autres, ont partiellement acquitté la dette simplement chirographaire. Comme ils ont, indépendamment de leur subrogation, à exercer, à titre de gestion d'affaires, pour tout ou partie de ce qu'ils ont payé, un recours contre le débiteur principal ou leurs coobligés, ils concourent avec le créancier, non intégralement remboursé, dans la distribution des biens de la personne contre laquelle ils ont leur recours à faire valoir (1). Peu importe qu'ils soient personnellement obligés envers l'ancien créancier de parfaire son payement; il n'en est pas moins vrai que rien n'empêche une personne de faire valoir ses créances contre un débiteur commun, concurremment avec son propre créancier, sauf à ce dernier à exercer, toujours concurremment avec les autres créanciers de son obligé, ses droits particuliers sur les biens de celui-ci, gage commun de tous. Autrement, le subrogeant qui n'a reçu qu'un payement partiel primerait le subrogé, sinon à son préjudice, du moins à celui de ses autres créanciers. Et il faut même remarquer qu'au moyen du payement qu'il a reçu en partie,

(1) Rennes, 22 mai 1858. Sirey, 59, 2, 298. — Cass., 1er août 1860. Sirey, 61, 1, 366.

il a fait sa condition meilleure, en cas d'insolvabilité de ses débiteurs personnels.

29. Voilà donc une première condition exigée pour que le créancier, qui a reçu un payement partiel, puisse exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au subrogé. La créance doit être assortie de quelque cause légitime de préférence, comme un privilége, une hypothèque, un nantissement quelconque. Pour être censé se réserver une préférence envers le subrogé partiel, le subrogeant doit commencer par en avoir une contre les créanciers de son débiteur.

Et encore cette préférence n'existe-t-elle, et ne doit-elle être exercée que jusqu'à concurrence de la valeur de la chose qui forme la garantie spéciale et réelle de la créance. Car, au delà, la créance, quand une fois ses garanties et sa préférence sont épuisées, devient purement et simplement chirographaire.

30. Le droit de préférence n'existe ensuite en faveur du subrogeant, que pour la partie restée due sur la même créance. Si donc le subrogé avait fait un payement intégral, applicable à une créance particulière et différente, et que le subrogeant eût contre le même débiteur une autre créance à faire valoir au même rang d'hypothèque, ou à un rang postérieur, ce dernier serait mal fondé, sous prétexte qu'il n'a pas été intégralement payé, à prétendre un droit de préférence pour sa créance non remboursée. Il serait forcé de subir le concours ou même la priorité du subrogé. Autant de dettes, autant de payements. Or, comme l'une de ces dettes a été entièrement payée, il ne peut dire qu'il ait reçu un payement partiel (1).

31. Si le subrogé n'avait fait qu'un payement partiel, applicable à partie de l'une des créances du subrogeant, bien qu'il dût souffrir l'exercice du droit de préférence pour les sommes restées dues sur cette créance, cependant il pourrait, pour le

(1) Toullier, t. 7, n° 169. — Duranton, t. 12, n° 184. — Troplong, *Caut.*, n° 368.

montant de sa subrogation, primer le subrogeant quant à une autre créance, pourvu que celle à laquelle il est subrogé contînt de justes causes de préférence. En effet, le subrogeant et le subrogé sont, vis-à-vis l'un de l'autre, par rapport aux créances différentes, dans la situation de créanciers ordinaires et étrangers entre eux (1).

32. Nous avons même vu un cas où le subrogé partiel est préférable au créancier pour le surplus de sa créance; c'est lorsque le tiers détenteur paye le capital et les intérêts inscrits sur l'immeuble par lui acquis, et que le créancier a pris sur d'autres immeubles inscription à une date postérieure pour d'autres intérêts échus depuis. Bien que le créancier n'ait reçu qu'un payement partiel, cependant il est primé par le subrogé dont l'hypothèque est antérieure. En effet, le tiers détenteur n'est tenu qu'au payement des dettes inscrites. Les intérêts inscrits sur un immeuble qui lui est étranger sont donc, à son égard, une dette différente, bien qu'ils soient les accessoires et le produit de la créance capitale qu'il acquitte. Il ne fait donc pas un payement partiel; au contraire, il paye intégralement la seule dette qui existe vis-à-vis de lui. Et voilà pourquoi il prime l'ancien créancier pour les intérêts restés dus et qui forment, par rapport à lui, une dette différente (2).

33. Souvent les diverses parties d'une même créance n'ont pas toutes les mêmes causes de préférence. Telle partie a une hypothèque à une date, telle autre partie une hypothèque à une autre date. Cette diversité dans les causes de préférence n'empêche pas que toutes les parties de la créance ne se réunissent pour former une créance unique dans son ensemble. Si donc un tiers est subrogé, par suite du payement qu'il fait d'une des parts distinctes de la dette, il sera, néanmoins, forcé de subir l'exercice du droit de préférence de la part du créan-

(1) Toullier, Duranton, *ibid.*
(2) Voy. art. 1251, n° 26.

cier qui n'a été payé qu'en partie, alors même que la portion par lui acquittée est garantie par une hypothèque antérieure. L'article 1252 est, en effet, conçu dans des termes trop généraux pour permettre de faire attention à cette circonstance, que la portion de la dette acquittée a ou n'a pas une hypothèque antérieure à celle de la portion de créance réclamée par le subrogeant (1).

Mais il faut observer que lorsque la subrogation aura été consentie par le créancier, les tribunaux pourront, en appréciant les circonstances et les clauses de l'acte de subrogation, décider que le subrogeant a entendu, par suite de l'imputation spéciale du payement, mettre le subrogé en son lieu et place, avec renonciation à son droit de préférence pour le surplus de la dette. On voit que c'est une exception conventionnelle qu'il s'agit d'établir dans ce cas.

34. Il n'est pas douteux, en effet, que le subrogeant ne puisse renoncer à son droit de préférence, soit pour se mettre avec le subrogé sur un pied d'égalité parfaite, soit pour lui accorder une priorité sur lui-même.

35. L'article 1252 n'accorde de droit de préférence au subrogeant, pour ce qui lui reste dû, qu'à l'égard des subrogés dont il a reçu un payement partiel. Si donc le créancier avait cédé, transporté, délégué une partie de sa créance, il ne pourrait prétendre à aucun privilége pour la partie conservée. Ce n'est plus, en effet, une subrogation, c'est une vente ou une délégation de portion de la créance, sans altération des droits cédés, sans réserve aucune de la part du cédant ou délégant. Bien loin d'avoir à subir de sa part la moindre préférence, le cessionnaire et le délégataire pourraient même le primer, en cas d'insolvabilité du débiteur, jusqu'à concurrence du prix de vente, ou du montant de la délégation (2). Ils le pourraient,

(1) Voy. Bordeaux, 28 août. 1844. Sirey, 45, 2, 497.
(2) Voy. Troplong, *Hyp.*, n° 367. — Grenier, *Hyp.*, t. 1, n° 93.

du moins, suivant les circonstances ; par exemple, en cas de délégation qui suppose garantie, si le débiteur délégant n'a pas été déchargé ; en cas de cession, si le cédant a promis de fournir et faire valoir (1). Dans ce dernier cas, ce n'est pas sur son cédant seulement qu'un droit de préférence est dû au cessionnaire ; il doit encore être préféré aux cessionnaires ultérieurs, à qui le cédant n'a pu transmettre que les droits qui lui restaient, après sa promesse de fournir et faire valoir (2).

36. Mais le droit de préférence passe-t-il de l'ancien créancier au subrogé postérieur? Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, les uns pensaient qu'il lui était transmis de plein droit ; de telle sorte que le subrogé qui avait achevé le payement de la dette était préférable à celui qui l'avait commencé (3). Mais, ce cas excepté, l'on devait suivre l'ordre des subrogations, c'est-à-dire du temps que les créanciers avaient été subrogés (4). Les autres pensaient, au contraire, que ce droit de préférence s'éteignait dans la personne du subrogeant (5). Cette dernière opinion est la seule vraie sous l'empire du Code.

Le privilége accordé par l'article 1252 est un privilége personnel au subrogeant, en ce sens que le simple subrogé postérieur n'y a aucun droit, le subrogeant lui eût-il même consenti subrogation expresse. Cette préférence est, en effet, fondée sur la pensée que le subrogeant, en recevant un payement partiel, a entendu, non-seulement ne pas accorder une subrogation qui lui fût préjudiciable, mais encore se réserver l'exercice de tous les droits qui pouvaient le mieux garantir le

(1) Duranton, t. 12, n° 187.

(2) Voy. art. 1250, n° 57. — Valin, *La Rochelle*, t. 1, p. 466, n°s 113 et 114. — Paris, 17 avril 1834. Dalloz, 35, 2, 175. — Voy. cep. Nancy, 9 mars 1858. Sirey, 58, 2, 369.

(3) Bretonnier, v° *Subrogation*, t. 2, p. 280.

(4) Bretonnier, *ibid.*, p. 279, *in fine*.

(5) Renusson, ch. 15, n° 15. — Bourjon, p. 602, n° 192. — Pothier, *Orléans*, art. 476.

recouvrement intégral de sa créance. La subrogation vient-elle du fait du débiteur, ou a-t-elle lieu de plein droit? La loi fait alors, d'office, les mêmes réserves dans l'intérêt de l'ancien créancier. Il n'y a donc jamais de réserve de privilége que pour lui. N'était-il pas, dès lors, inutile de lui conserver un droit de préférence, transmissible dans le cas d'une subrogation postérieure, puisque cette subrogation, dérivant toujours d'un payement, constate, en même temps qu'elle la produit, l'inutilité d'une réserve de privilége? L'ancien créancier voulait être payé; il l'est maintenant. Quel besoin a-t-il donc d'un droit de préférence? Les dispositions de la loi devaient donc s'arrêter et se sont arrêtées, avec ses prévisions, devant le cas d'une subrogation ultérieure qui achève le payement.

D'autre part, quelle raison a-t-on de placer dans des rangs différents les divers subrogés? Pourquoi réaliser, à leur égard, cette terrible menace d'interversion, *et erunt novissimi primi*, les derniers seront les premiers? N'ont-ils pas tous fait la même chose? N'ont-ils pas contribué au payement de la dette? Pourquoi n'auraient-ils pas les mêmes droits? Concluons donc que le privilége de l'article 1252 est personnel au subrogeant, en ce sens qu'il ne passe pas aux subrogés ultérieurs (1).

37. Les divers créanciers subrogés dans les portions d'une seule et même créance concourront donc entre eux, dans la proportion des sommes pour lesquelles ils ont été subrogés et sont devenus créanciers, sans distinguer entre les dates et la nature des diverses subrogations.

Exceptons cependant le cas où les différentes portions de la dette étant garanties par des causes inégales de préférence, les divers subrogés ne pourraient se dire égaux en droits. Chacun ferait alors valoir sa créance avec les priviléges, les

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 380, 1re édit., et t. 4, p. 192, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, n° 170. — MERLIN, Rép., v° *Subrogation*, sect. 2, § 8, n° 8. — DURANTON, t. 12, n° 188. — TROPLONG, *Hyp.*, n° 379. — GAUTHIER, n° 68. — *Contrà*, MOURLON, p. 38 et suiv.

hypothèques, les garanties spéciales que lui a transmis sa subrogation dans une portion déterminée de la créance. Le subrogeant n'étant plus là pour en paralyser l'exercice, par son droit de préférence qui domine tout (1), chacun rentre dans la plénitude et la spécialité de ses droits comme subrogé.

38. Mais le créancier originaire peut transmettre, par voie de cession, son droit de préférence (2).

En ce sens il n'est pas personnel, puisqu'il est cessible. Il est incontestable, en effet, que le privilége réservé au subrogeant ajoute à la valeur vénale de sa créance, puisqu'il est une garantie très considérable de remboursement. Il a donc intérêt à pouvoir le transmettre. L'exercice de ce droit n'est plus inutile pour lui, comme au cas de subrogation ultérieure qui suppose essentiellement un payement. Au contraire, il devient d'autant plus intéressant que la cession n'est pas un payement, mais une vente faite quelquefois au-dessous du montant nominal de la créance. Il ne faut donc pas en diminuer la valeur par la distraction de ce privilége, que le cessionnaire n'exerce, en définitive, que comme mandataire du cédant, *in rem suam*. A la différence du subrogé, le cessionnaire ne fait point de payement. Il paye seulement le prix de sa cession et achète la créance. Donc il doit l'avoir telle qu'elle consiste, à moins de réserves contraires.

Mais on remarquera que si le droit de préférence passe au cessionnaire et ne passe pas au subrogé postérieur, c'est uniquement à cause des différences qui distinguent la cession de la subrogation.

Ce droit peut même être transmis par donation, ce qui est en faire une cession gratuite. A défaut de payement, cette cause

(1) Voy. *suprà*, n° 33.

(2) Valin, *La Rochelle*, t. 1, p. 466, n° 115. — Renusson, ch. 16, n°s 6 et 15. — Duranton, t. 12, n° 187. — Zachariæ, t. 2, p. 380, 1re édit., et t. 4, p. 192, 4e édit. — Troplong, *Hyp.*, n° 379. — Marcadé. art. 1252, n° 2. — Gauthier, n° 69.

de préférence restant disponible dans les mains du créancier, qu'importe qu'il l'exerce par lui-même ou par un donataire?

Inutile, sans doute, d'ajouter que ce droit peut également être transféré par voie de délégation; ce qui constitue, ou un mandat pour le délégataire, ou une opération qui ressemble à la cession, comme la dation en payement ressemble à la vente. Il s'ensuit que les créanciers délégués par le vendeur, par exemple, pour recevoir le prix de la vente à lui resté dû, sont préférés à ceux qui ont prêté à l'acquéreur avec subrogation. Car les premiers le représentent dans son privilége.

Il ne faut pas, au surplus, s'arrêter à l'écorce aride des mots. On doit surtout apprécier le caractère réel et l'esprit véritable de l'acte. Le plus souvent on emploie les mots cession, subrogation, transport, délégation, par une confusion que le juge doit dissiper. Il lui appartient toujours de restituer à l'acte son sens vrai et sa portée légale, indépendamment des fausses qualifications qui lui auront été improprement données. C'est à lui de voir, en définitive, si l'acte est une cession, une délégation, ou bien, au contraire, une véritable subrogation. Dans l'appréciation qu'il est obligé d'en faire, il ne perdra jamais de vue que la subrogation a essentiellement son point de départ dans un fait de payement, la cession dans la stipulation d'un prix de vente, la délégation dans la collation d'un mandat.

39. Nous avons dit que tous les subrogés partiels à une seule et même créance venaient en concurrence, sans distinction entre les dates ou les origines de leurs subrogations. Mais il peut survenir certaine complication dans leurs rapports de cette circonstance, que les uns ont payé le créancier direct, les autres les créanciers de ce créancier, et parmi ces derniers, qui les plus anciens, qui les plus nouveaux. Faisons-nous comprendre par un exemple.

Paul vend sa propriété à Pierre cinquante mille francs. Pierre emprunte de Jean vingt-cinq mille francs pour payer le vendeur. L'emprunt et la quittance constatent subrogation

en sa faveur. Voilà donc Jean subrogé pour partie; mais Paul, pour ce qui lui reste dû, a un droit de préférence à exercer.

Plus tard on lui paye, toujours avec subrogation, les vingt-cinq mille francs demeurés dus. Il y aura concours entre tous les subrogés, n'importe la date et l'origine de leur subrogation.

Mais supposons que les derniers vingt-cinq mille francs aient été payés aux créanciers du vendeur, alors nous devons distinguer : ou la subrogation s'est faite aux droits du vendeur, ou elle s'est faite aux droits de ses créanciers. Voyons d'abord la première partie de notre distinction.

La subrogation a eu lieu aux droits du vendeur; dans ce cas, il y a concours entre les divers subrogés, sans distinguer entre les créances que les payements par eux faits ont servi à éteindre, et sans distinguer entre les payements faits aux créanciers anciens ou aux créanciers nouveaux du vendeur. Par exemple, l'acquéreur emprunte de l'un dix mille francs, de l'autre huit mille francs, de celui-ci sept mille francs, avec mention que ces deniers doivent être employés à payer le vendeur. Mais il arrive que dans les quittances, tout en constatant l'origine des deniers, ce n'est pas le vendeur qui reçoit, mais bien ses créanciers personnels, chirographaires ou hypothécaires, de son consentement. Par exemple, encore, des tiers interviennent qui, du consentement du vendeur, payent pour l'acquéreur, avec subrogation, entre les mains des créanciers du vendeur. Nous disons que, dans ce cas, les divers subrogés ne peuvent établir entre eux aucune différence tirée de ce que leurs deniers ont servi à payer des créanciers inégaux en rang d'ancienneté. Ils ne sont, en effet, subrogés qu'aux droits du vendeur sur l'acquéreur; leurs subrogations ont toutes eu lieu, conséquemment, en des droits égaux et identiques. Et il a été indifférent pour l'obtention de ces subrogations, comme il l'est pour leurs effets, qu'ils aient payé, non entre les mains du vendeur, mais entre les mains de ses créanciers. Car elles se sont toutes opérées par suite de la libération de l'acquéreur

envers le vendeur, et non par suite de la libération de celui-là envers les créanciers de celui-ci. Qu'ont voulu, en définitive, les subrogés? Obtenir subrogation aux droits du vendeur contre l'acquéreur, concurremment entre eux, abstraction faite des causes de préférence qui pouvaient exister entre les créanciers du vendeur.

Nous ajoutons que le vendeur, en sa qualité de subrogeant, conservera lui-même contre les subrogés son droit de préférence. Ainsi, il sera payé par privilége, et pourra, à leur exclusion, exercer la résolution faute de payement s'il lui reste dû quelque chose (1). Les choses se passent, en un mot, comme si le vendeur avait touché lui-même les fonds, sauf emploi par lui fait ultérieurement à désintéresser ses créanciers personnels. N'est-il pas évident que la subrogation produirait alors entre les subrogés un simple concours dans l'exercice des droits du subrogeant, et maintiendrait, en faveur de celui-ci, le privilége que lui donne l'article 1252?

Passons à la seconde partie de notre distinction. La subrogation s'est faite, non plus aux droits du vendeur (nous supposons toujours un créancier de cette espèce), mais elle s'est faite aux droits de ses créanciers. Par exemple, l'acquéreur tenu en vertu d'ypothèques ou de délégation acceptée, emprunte de plusieurs personnes pour payer les créanciers hypothécaires ou délégataires, et le prêteur est subrogé aux droits des créanciers payés. Ou bien encore, des tiers se présentent qui les payent avec subrogation conventionnelle. Ou bien, enfin, des créanciers placés dans un rang inférieur les payent comme préférables, et leur sont subrogés de plein droit.

Nous disons d'abord que, dans ce cas, il n'y a plus concours entre les subrogés. En effet, chacun d'eux a une subrogation à une créance particulière, à des droits spéciaux qu'il peut exercer au lieu et place du créancier originaire. Ce n'est plus

(1) TOULLIER, t. 7, n° 171. — DURANTON, t. 12, n° 189.

à une seule et même créance, celle du vendeur, qu'ils sont partiellement et concurremment subrogés; ils le sont, au contraire, aux créances différentes de ses divers créanciers. Ils peuvent donc faire valoir entre eux les causes légitimes de préférence qui sont attachées à leurs créances respectives, comme auraient pu le faire les créanciers auxquels ils sont subrogés (1).

Nous en déduisons une autre conséquence; c'est que les divers subrogés aux droits des créanciers du vendeur n'ont plus à subir, de sa part, l'exercice d'aucun droit de préférence pour ce qui lui reste dû. Nous supposons alors qu'ils ont par hypothèque droit de suite sur la chose vendue. Ce point nous paraît d'une vérité tellement palpable, que nous sommes étonné de la controverse qui divise les auteurs, et des efforts d'argumentation qu'il a fallu faire pour obscurcir une question d'une évidence aussi sensible. Ce n'est plus, en effet, aux droits du vendeur que la subrogation s'est opérée, mais bien et dûment aux droits de ses créanciers.

Que l'acquéreur ait payé son prix avec des deniers d'emprunt, qu'il se soit ainsi libéré envers son vendeur, soit; mais comment? Ce n'est pas entre les mains du vendeur qu'il a voulu et entendu payer. Il avait d'excellentes raisons pour ne pas le faire, puisque les hypothèques qui grèvent la chose l'exposent à un péril d'éviction. Il a voulu, en désintéressant les créanciers hypothécaires, consolider la propriété sur sa tête. Sans doute, il paye son prix, et se libère, par suite, envers le vendeur, de même qu'il se libère et le libère aussi envers les créanciers. S'il payait de ses deniers, il serait subrogé à leurs droits; pourquoi donc les tiers qui lui prêtent à cet effet ne pourraient-ils pas acquérir la même subrogation aux droits

(1) TROPLONG, *Hyp.*, nº 234. — DURANTON, t. 12, nº 189. — Nîmes, 29 janv. 1861. SIREY, 62, 2, 433. — Cass., 28 avril 1863. SIREY, 63, 1, 289. — *Contrà*, RENUSSON, ch. 15, nº 11. — GRENIER, *Hyp.*, t. 2, nº 394. — MERLIN, Rép., vº *Subrogation de personnes*, sect. 2, § 8. — GAUTHIER, nºs 198 et suiv.

des créanciers du vendeur? Tenu comme tiers détenteur, il les subroge aux droits de ces derniers, autant contre lui-même que contre le vendeur, qui lui doit au moins garantir la libre propriété.

Or, si ces créanciers se présentaient, pourraient-ils être primés par le vendeur, par leur débiteur? N'est-il pas évident que son privilége, comme vendeur, ne passe qu'après les hypothèques antérieures qui grèvent la chose de son chef ou du chef des précédents propriétaires? Quelque éminent que soit ce privilége, il s'abaisse devant le droit prééminent des créanciers, à la place desquels se trouvent les tiers subrogés qui les représentent, qui sont eux-mêmes à leur lieu et place dans l'exercice de leurs créances.

En vain oppose-t-on (1) que les payements faits aux créanciers du vendeur doivent être considérés comme s'ils avaient été faits au vendeur lui-même; que ses créanciers représentent collectivement ce vendeur, et que, comme le vendeur est censé ne pas subroger contre lui-même, de même ses créanciers ne peuvent consentir une subrogation qui porte atteinte à son privilége. Ce n'est là qu'une pure illusion, grâce à la confusion des mots. Non, il n'est pas vrai ici que le vendeur soit représenté par ses créanciers, et que les payements faits avec subrogation dans leurs mains soient censés faits dans les siennes. Ils exercent un droit qui leur est personnel, ils touchent leurs créances et ils subrogent. Ils représentent si peu leur vendeur, le débiteur, qu'ils subrogent contre lui-même. Le vendeur est si peu censé recevoir payement par les mains de ses créanciers, que la subrogation se fait expressément contre lui, en même temps que contre le tiers détenteur. Qu'on cesse donc d'opposer la maxime, *nemo contrà se subrogasse videtur*; car elle n'est faite que pour le cas où le subrogé tient ses droits, comme tel, du créancier qui, n'ayant reçu qu'un

(1) Voy. RENUSSON, GRENIER, DURANTON, GAUTHIER, *ibid.* — Toulouse, 29 fév. 1844. — *Journ. du Palais*, 1844, t. p. 47,

payement partiel, invoque une cause de préférence pour le surplus; où il y a, conséquemment, concours entre les diverses portions d'une seule et même créance. Mais elle n'est pas applicable, du moment que ce n'est pas aux droits du vendeur que la subrogation a eu lieu, mais bien aux droits de ses créanciers. Peut-on dire qu'elle lui est préjudiciable, qu'elle porte atteinte à son privilége? Non évidemment, puisque les subrogés ne font qu'exercer, à son encontre, les droits et actions des créanciers originaires, qui le dominent par la préférence et l'antériorité de leurs créances (1).

Ce n'est pas que le vendeur ne puisse toujours, à défaut de payement, poursuivre la résolution de la vente; mais alors apparaît avec plus d'éclat la supériorité des droits des créanciers subrogés, puisqu'ils s'adresseront au vendeur lui-même pour le payement de leurs créances.

Nous avons jusque-là supposé des créanciers hypothécaires. S'ils étaient simplement chirographaires, il y aurait seulement concours et distribution par contribution entre tous les subrogés qui sont égaux en droits. Ils ne sauraient, en effet, demander une collocation plus forte que les créanciers aux droits desquels ils se trouvent; d'où il suit qu'ils subissent contributoirement les périls et le dommage résultant de l'insolvablité de leur débiteur (2).

Il est bien évident aussi que, dans ce cas, les créanciers subrogés, n'ayant aucun droit de suite sur la chose, n'ont aucun moyen de primer le privilége du vendeur pour ce qui lui reste dû. Mais comme ils ont pour gage commun tous les biens du vendeur, ils pourront, en leur qualité de créanciers, soit saisir-arrêter entre les mains de l'acquéreur, soit demander collocation en sous-ordre, soit en son nom poursuivre la résolution faute de payement (1166).

(1) Troplong, *Hyp.*, n° 234.
(2) Troplong, *ibid.*

§ III. *De l'imputation des payements.*

Article 1253.

Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

Sommaire.

1. Ce qu'est l'imputation.
2. Diverses espèces d'imputation.
3. Le débiteur peut, lorsqu'il paye, déclarer quelle dette il entend acquitter.
4. En quel cas ce droit est absolu. Le payement doit être satisfactoire.
5. *Quid,* si le terme n'est pas échu?
6. Il doit faire cette déclaration au moment même où il paye.

COMMENTAIRE.

1. L'imputation, qui n'est autre chose que l'application d'un payement à l'extinction partielle ou totale d'une obligation, suppose essentiellement le concours de plusieurs dettes, ou du moins de plusieurs portions d'une même dette de différente nature. S'il n'existait, en effet, qu'une dette unique et identique dans toutes ses parties, il n'y aurait aucune difficulté. Le payement s'imputerait tout naturellement sur la seule dette existante.

Alors, au contraire, qu'il existe concurremment plusieurs obligations ou plusieurs portions différentes d'une seule obligation, et qu'un payement est effectué, on a à se demander quelle est la dette ou la portion de dette sur laquelle il convient d'imputer ce payement, soit pour la diminuer, soit pour l'éteindre tout à fait.

2. Il existe à cet égard plusieurs règles établies par le droit romain, adoptées par notre ancienne jurisprudence, consacrées par le Code civil.

L'imputation, en somme, se fait, soit par la volonté du débiteur seul, ou du créancier seul; soit par le concours de leur volonté; soit enfin par l'autorité de la loi. Elle est, en d'autres termes, arbitraire, conventionnelle ou légale.

3. Le débiteur de plusieurs dettes a, suivant l'article 1253, le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter (1). Ce droit est si évident, que le jurisconsulte Ulpien (2) le justifie en se bornant à dire que nous pouvons, en effet, déterminer les conditions de notre payement, *possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus.*

Ce droit qu'a le débiteur de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter, emporte également celui de le faire constater par le créancier dans la quittance. Car la déclaration pourrait être sans valeur si elle n'était régulièrement constatée.

4. Le débiteur n'est cependant maître de l'imputation que tout autant qu'il fait un payement dont le créancier ne peut refuser l'offre. Si le payement n'était pas satisfactoire, soit parce qu'il est incomplet, soit parce qu'il est autrement insuffisant, le créancier, maître de l'accepter ou de le refuser, serait également libre de ne l'accepter que sous telle condition d'imputation, sauf au débiteur à retirer ses offres, si cette imputation ne lui convient pas. Mais, lorsque le payement qu'il offre est satisfactoire et régulier, le créancier doit subir l'imputation déclarée, quand bien même il aurait intérêt à ce que l'imputation portât sur une dette différente.

5. Le débiteur cesse également d'être maître de l'imputation, lorsqu'il entend payer une dette non échue, et que le terme est censé stipulé en faveur du créancier. Telle est donc la règle générale, que de la part du débiteur la faculté d'imputation est subordonnée à la faculté même de payement.

(1) L. 1, *ff. De solut.* — L. 1, C. *De solut.*
(2) *ff. ibid.*

6. Mais il doit déclarer, dans le moment même où il paye, quelle dette il entend payer. Il ne pourrait le faire après le payement accompli. Il serait alors censé s'en être rapporté à la loi elle-même du soin de diriger l'imputation.

Article 1254.

Le débiteur d'une dette qui porte intérêts ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

Sommaire.

1. Le débiteur ne peut, sans le consentement du créancier, imputer le payement par préférence aux intérêts ou arrérages.
2. Si le créancier y consent, l'imputation est régulière.
3. Comment se fait l'imputation sur les intérêts. Divers cas.
4. Il n'y a plus à distinguer entre les intérêts de plein droit, moratoires ou autres. Faillite.
5. L'imputation se fait d'abord sur les frais. *Quid*, des dommages et intérêts?

COMMENTAIRE.

1. Lorsque la dette consiste en un capital non productif d'intérêt, il est évident que l'imputation ne peut s'appliquer qu'à ce capital. Mais si la dette produit des intérêts ou arrérages, sur quoi doit alors porter l'imputation? C'est à cette question que répond notre article.

Le débiteur d'une dette qui porte intérêts ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital, par préférence aux arrérages ou intérêts (1254). Dans ce cas, il n'est pas maître de l'imputation; la loi, d'accord avec l'équité, veut qu'il paye les intérêts ou arrérages avant le principal de la

dette. Il faut même remarquer qu'il n'y a point concours de dettes différentes, mais une seule et même dette dont le tout se constitue de diverses parties, et qu'il s'agit uniquement de savoir par quelle partie on commencera l'imputation.

2. Cependant, si le créancier avait consenti à ce que l'imputation se fît d'abord sur le capital, ce mode devrait être maintenu, comme loi privée des parties. Il n'a même pas besoin d'être expressément consenti. Ainsi, il suffit que le débiteur, en payant, déclare qu'il paye sur le capital. Le créancier qui a bien voulu recevoir de cette manière, ne peut contester plus tard cette imputation. Les intérêts ou arrérages n'y sont point compris (1).

Exceptons, néanmoins, par argument de l'article suivant, le cas où il y aurait eu dol ou surprise de la part du débiteur.

3. Si l'imputation doit se faire d'abord sur les intérêts, il faut, du moins, qu'ils soient liquides et exigibles, au moment du payement. L'exigibilité de la dette est, en effet, la première condition de l'imputation.

Le payement, même fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts (1254) (2). L'imputation se fait ainsi successivement, et non proportionnellement entre les intérêts et le capital.

Si le payement effectué excède les intérêts dus, le surplus s'impute sur le principal, quand bien même il aurait été dit expressément que l'imputation se ferait sur les intérêts, sans parler du principal (3).

Mais il faut que ce principal soit lui-même exigible. Car s'il ne l'était pas, comme le capital d'une rente, le débiteur pourrait répéter tout ce qu'il aurait payé en sus des intérêts ou

(1) L. 102, § 1, *ff. De solut.* — Pothier, *Oblig.*, n° 528. — Toullier, t. 7, n° 175.

(2) L. 1, C. *De solut.* — L. 5, § 3, *ff. De solut.*

(3) L. 102, § 3, *ff. De solut.* — Pothier, *Oblig.*, n° 533.

arrérages exigibles, à moins qu'il ne résultât des circonstances que son intention a été de l'imputer par anticipation sur les intérêts ou arrérages de la prochaine échéance.

Il ne pourrait, de même, en faire l'imputation sur le principal, que dans le cas où il serait censé avoir voulu payer partiellement par anticipalion, et où le créancier serait présumé y avoir consenti.

Du reste, il ne faut pas perdre de vue que le débiteur qui a payé des intérêts qui n'étaient pas stipulés, ne peut ni les répéter, ni les imputer sur le capital (1906), pourvu que le payement en soit volontaire et exempt d'erreur.

4. Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence, et en pays coutumier, les payements s'imputaient sur le principal avant d'être imputés sur les intérêts. Il y avait, néanmoins, exception en faveur des arrérages de rente, et des intérêts qui couraient de plein droit, tels que les intérêts de dot, de légitime, de prix de vente d'immeubles. Les payements commençaient, dans ces derniers cas, par être imputés sur les intérêts ou arrérages, avant de l'être sur le principal (1).

De même, lorsqu'il s'agissait d'intérêts alloués par le juge, c'est-à-dire d'intérêts moratoires, l'imputation se faisait d'abord sur le principal. Telle était, notamment, la jurisprudence du du parlement de Paris (2).

Cette distinction est rejetée par le Code civil. L'imputation doit aujourdhui commencer par les intérêts, qu'ils soient, conventionnels, de droit, ou moratoires. Car il s'agit toujours d'une dette portant intérêts (3).

Par arrêt du 17 novembre 1862 (4), la Chambre des requê-

(1) ARGOU, *Instit.*, t. 2, p. 369. — LECAMUS, *Traités des créances*, p. 258.

(2) ARGOU, *ibid.*, p. 370. — POTHIER, *Oblig.*, n° 534. — LECAMUS, p. 259.

(3) ZACHARIÆ, t. 2, p. 369, n[te] 4, 1[re] édit., et t. 4, p. 166, n[te] 4, 4[e] édit. — DELVINCOURT, t. 2, p. 556. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, n° 192. — MARCADÉ, art. 1254, n° 3.

(4) SIREY, 63, 1, 205.

tes a jugé qu'il y avait exception en matière de faillite. Voici quel est, en résumé, son raisonnement ; l'article 445, C. com., porte que le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilége, par un nantissement ou par une hypothèque, et que les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilége, à l'hypothèque ou au nantissement. Or, si en cas d'insuffisance de la collocation hypothécaire ou privilégiée, l'imputation se faisait sur les intérêts courus depuis la faillite, par préférence au capital, le créancier viendrait participer à la distribution chirographaire pour un capital augmenté de ces mêmes intérêts, et il y prendrait ainsi une part d'autant plus forte. Il convient donc pour échapper à ce résultat qui viole l'article 445, C. com., de faire abstraction des intérêts courus depuis la faillite, en considérant, relativement à la masse, la créance comme simplement chirographaire, et d'imputer, en conséquence, la collocation hypothécaire ou privilégiée d'abord sur le capital, et subsidiairement sur les intérêts postérieurs au jugement déclaratif de la faillite.

Quelque spécieuse que soit cette argumentation, elle ne nous semble cependant pas exacte. L'hypothèque, le privilége ou le nantissement ont, en effet, pour objet immédiat et essentiel de garantir le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, et d'assurer le remboursement de sa créance, jusqu'à concurrence des sommes produites par les choses ainsi affectées. La réalisation même de ce gage spécial et sa distribution aux ayants-droit se poursuivent en dehors de la masse chirographaire, conformément aux règles du droit commun qui, nonobstant l'état de faillite, demeurent applicables à l'hypothèque, au privilége ou au nantissement. Toute l'économie de la loi des faillites repose sur le principe fondamental, que le patrimoine dont le failli est dessaisi, se divise en deux masses distinctes, l'une, qui est le gage commun des créanciers chiro-

graphaires, l'autre, le gage spécial des créanciers hypothécaires ou privilégiés. Il est donc tout naturel que ces derniers commencent par épuiser la valeur des choses qui leur sont engagées, et qu'ils se payent sur leur produit, sans se préoccuper d'un état de faillite qui n'altère en rien leurs droits d'hypothèque ou de privilége, quant à leur exercice et leur efficacité. Il s'ensuit que, lorsqu'ils touchent des intérêts courus depuis la faillite, ils ne les perçoivent pas aux dépens de la masse chirographaire, et qu'il n'existe aucune raison de droit ni d'équité qui rende inapplicable la règle ordinaire qui porte l'imputation d'abord sur les intérêts.

Si l'on suppose que l'immeuble hypothéqué est réalisé, en vertu du droit de suite, sur un tiers détenteur, notre opinion devient d'une vérité plus sensible. Or, les effets de l'hypothèque sont indépendants de la personne qui possède les biens affectés, et si, dans ce cas, ce qui nous paraît incontestable, la collocation doit être d'abord imputée sur les intérêts, le même mode d'imputation est, dans tous les autres cas, la règle absolue.

C'est dans cet ordre d'idées que la chambre civile de la Cour de cassation a rendu, sur notre rapport, l'arrêt suivant du 26 décembre 1871 : — « Si d'après l'article 445, C. com., le jugement déclaratif de la faillite arrête, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toutes créances chirographaires, le même article dispose que les intérêts des créances garanties par un privilége, un nantissement ou une hypothèque peuvent être réclamés sur les sommes provenant des biens affectés. D'autre part, l'article 542 du même Code autorise le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, à participer aux distributions dans toutes les masses et à y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait payement. Il résulte de la combinaison de ces articles que dans le cas où le même créancier a une hypothèque sur les biens de l'un des coobligés solidaires, les avan-

tages de la garantie hypothécaire se cumulent, dans ses mains, avec ceux de la solidarité. Ainsi, le créancier, outre le droit qu'il a de produire dans la faillite de l'un pour le montant nominal de sa créance, tel qu'il est fixé au jour du jugement déclaratif, est fondé à demander collocation sur les immeubles de l'autre codébiteur pour cette même créance, augmentée des intérêts courus depuis la faillite et régulièrement conservés. Cette double garantie qui a pour objet d'en assurer l'intégral payement en principal et intérêts, est indépendante du temps et de l'ordre où se poursuivent la distribution du prix des immeubles hypothéqués et la répartition du gage commun dans l'une et dans l'autre faillite. Son efficacité cesserait d'être entière, si la collocation partielle en principal et intérêts obtenue d'abord sur le gage hypothécaire était imputée sur le capital préférablement aux intérêts courus depuis la faillite jusqu'à la clôture de l'ordre. Un pareil système d'imputation aboutirait, en effet, à cette conséquence, que le créancier n'aurait plus rien à recevoir dans la faillite de l'autre coobligé, dans le cas où le montant de sa collocation serait égal ou même supérieur au capital de sa créance, ou bien que, dans le cas contraire, il pourrait seulement y obtenir le dividende nécessaire pour compléter le remboursement du principal » (1).

5. Cette règle d'imputation est également applicable aux frais exposés, par rapport à la dette à l'occasion de laquelle ils ont eu lieu. Si, en effet, les payements doivent être imputés d'abord sur les intérêts, ce n'est pas seulement parce qu'ils sont des accessoires, et que l'imputation doit commencer par l'accessoire et finir par le principal; mais encore et surtout, c'est parce que la nature même de toute obligation productive d'intérêts ou d'arrérages indique que le créancier, en recevant un payement, n'entend nullement diminuer son capital pro-

(1) Sirey, 1872, 1, 49. — *Conf.*, Cass., 12 juill. 1876. Sirey, 78, 1, 68.

ductif, pour en conserver un qui ne produit rien. L'équité s'oppose elle-même à ce que le débiteur puisse, sans le consentement du créancier et à son préjudice, scinder ainsi une dette indivisible, pour éteindre la portion qu'il importe, au contraire, à l'autre partie de maintenir. Telle est, nous le croyons, la pratique constante des tribunaux. Les frais y passent même avant les intérêts.

Mais ces raisons ne sauraient également s'appliquer aux dommages et intérêts. Bien qu'ils se rattachent à la dette principale, néanmoins ils sont d'une nature différente par leur cause et par leur objet. Le silence de la loi à leur égard prouve d'ailleurs qu'ils sont soumis à la règle commune d'imputation, suivant laquelle le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt à acquitter entre celles qui étaient pareillement échues (1256). Nous aurons ainsi à revenir sur ce point dans notre commentaire de ce dernier article.

Article 1255.

Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

Sommaire.

1. Le créancier a, de son côté, le droit de diriger l'imputation. Comment.
2. Il doit le faire au moment même du payement.
3. L'imputation acceptée par le débiteur l'oblige envers les créanciers.
4. Comment s'établit et se prouve cette imputation.
5. Il ne doit y avoir, de la part du créancier, ni dol ni surprise.
6. Dispositions de l'article 1848, en matière de société.
7. Elles s'appliquent à tout administrateur.

COMMENTAIRE.

1. De même que le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter, de même le créancier a le droit, lorsque le débiteur ne fait point cette déclaration, de diriger l'imputation sur telle ou telle créance, à son choix (1).

Ce droit, cependant, n'est pas plus absolu que celui du débiteur. D'une part, en effet, il ne peut être exercé par le créancier que tout autant qu'il est libre de ne pas recevoir, de même qu'il ne peut être exercé pleinement par le débiteur, que lorsque le créancier n'est pas libre de refuser le payement. Si le payement n'est pas satisfactoire, s'il ne peut faire le sujet d'offres valables et régulières, le créancier est libre de le refuser ou de le recevoir; s'il l'accepte, il peut, puisque l'acceptation est toute volontaire de sa part, en déterminer les conditions et le mode d'imputation.

2. D'autre part, le créancier doit le faire à l'instant même du payement, de telle sorte que le créancier soit libre de ne pas recevoir, et le débiteur de ne point payer, si l'un d'eux exige un mode différent d'imputation (2). Plus tard, le créancier ne serait pas recevable à faire l'imputation contre la volonté du débiteur. Les parties seraient alors censées, en l'absence de toute déclaration de leur part, s'en être rapportées aux règles ordinaires de l'imputation légale.

3. Nous avons supposé jusque-là que le créancier était dans une position qui lui permettait de régler le mode d'imputation. Nous supposons maintenant le cas où ce droit appartient, au contraire, au débiteur. C'est même l'hypothèse qui semble plus particulièrement prévue par l'article 1255.

« Lorsque le débiteur de diverses dettes, dispose-t-il, a

(1) L. 1, *ff. De solut.*
(2) L. 1, 2, 3, *ff. De solut.*

accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente. » Faute par lui d'avoir déclaré, suivant son droit, quelle dette il entendait acquitter préférablement, et par cela même qu'il a accepté du créancier une quittance portant imputation spéciale, il y a contrat formé sur ce point entre les parties. Nulle d'entre elles ne peut, dès lors, revenir contre, sans le consentement de l'autre, quelque préjudiciable que lui soit cette imputation; elles ne sont pas, non plus admises à le rétracter, même d'un commun accord, au préjudice des droits qui en résultent immédiatement au profit des tiers (1).

4. Mais il faut qu'elle ait été réglée à l'instant même du payement. Plus tard il ne serait plus temps. Ce serait un cas d'imputation légale.

Il faut, en outre, qu'elle ait été déterminée par la quittance. Si la quittance était muette sur ce point, nulle preuve testimoniale, sans commencement de preuve écrite, ne serait admissible pour l'établir, de même qu'elle ne serait point admissible pour établir le contraire, si la quittance portait imputation expresse.

Au défaut absolu de quittance, la preuve testimoniale du mode d'imputation ne serait admissible pour ou contre le débiteur ou le créancier, que dans le cas où elle le serait en ce qui concerne l'existence de la quittance elle-même. Hors ce cas, le créancier est en fait maître de l'imputation, à raison de l'indivisibilité de son aveu, puisqu'il n'y a que sa reconnaissance pour établir le payement et ses diverses conditions.

La quittance doit enfin être acceptée par le débiteur. C'est cette acceptation qui forme le lien de droit entre les parties. Si le débiteur avait refusé la quittance ainsi rédigée, ou qu'il ne l'eût acceptée que sous toutes réserves et avec protesta-

(1) Cass., 25 juillet 1864. SIREY, 64, 1, 453. — Caen, 17 avril 1869. SIREY, 70, 1, 180.

tions, l'imputation indiquée ne l'obligerait point; et le créancier serait tenu de subir, soit l'imputation légale, soit celle que le débiteur aurait faite lui-même, suivant son droit.

5. S'il y avait eu dol ou surprise de la part du créancier, le débiteur ne serait pas obligé de souffrir le mode d'imputation réglé par la quittance (1255). Il pourrait la faire rescinder en cette partie.

Il faut remarquer que la loi se contente de la simple surprise, sans qu'elle doive réunir tous les caractères du dol (1). Mais, sauf les cas d'erreur caractérisée de la part du débiteur, il doit y avoir, de la part du créancier, calculs frauduleux et mauvaise foi dans les manœuvres et dans les actes à l'aide desquels il a abusé et surpris la simplicité, l'ignorance, l'inexpérience de son adversaire, par ruse, finesse, habileté, ou supercherie.

Nous remarquerons encore que le dol ou la surprise doit être le fait personnel du créancier, comme dans les cas ordinaires de rescision pour dol caractérisé. Si c'était un tiers qui en fût l'auteur, sans la participation du créancier, le débiteur ne pourrait attaquer l'imputation, et n'aurait d'action que contre ce tiers pour ses dommages et intérêts.

6. Une autre exception a lieu en matière de société. L'associé n'est point, en effet, maître de l'imputation, parce qu'il ne doit pas préférer son avantage à celui de la société (2). Mais il peut faire le bien de la société. Les dispositions de l'article 1848 sont fondées sur ce double principe.

Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire

(1) TOULLIER, t. 7, n° 177. — DURANTON, t. 12, n° 193. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 369, n[te] 8, 1[re] édit., et t. 4, p. 167, n[te] 9, 4[e] édit.
(2) POTHIER, *Société*, n° 121.

sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée (1848).

On voit que l'exigibilité simultanée des deux créances est la condition essentielle de la répartition proportionnelle du payement; d'où il suit que l'imputation, nonobstant toute déclaration contraire, doit se faire en entier sur la créance de la société, si elle est la seule exigible, ou sur celle de l'associé, si celle de la société n'est pas échue, à moins, dans ce dernier cas, que l'associé n'ait fait ou accepté lui-même une imputation différente, à l'avantage de la société.

L'article 1848 n'est pas applicable au commanditaire qui ne doit pas s'occuper de la gestion, et n'est tenu que de sa mise sociale, sans avoir à se mêler du recouvrement des créances. Il n'est jamais censé agir et recevoir que pour son compte particulier (1).

L'article 1848 cesse également d'être applicable, lorsque les associés ont établi un gérant chargé de toute l'administration des affaires de la société. L'associé ne pouvant recevoir pour la société, reçoit pour lui personnellement, et peut dès lors imputer comme il l'entend. Peu importe qu'il ignore ou qu'il connaisse l'existence de la créance échue pour le compte de la société. L'ignore-t-il, il est de bonne foi; la connaît-il, il y a alors faute imputable au gérant pour ne pas en avoir poursuivi le remboursement (2).

Nous disons enfin que l'article 1848 ne s'applique qu'à l'imputation conventionnelle et non à l'imputation légale. Car la loi ne saurait reprocher à l'associé d'indiquer un mode d'im-

(1) Troplong, *Société*, nº 576.

(2) Troplong, *Société*, nº 558. — Duvergier, *Société*, nº 341. — *Contrà*, Duranton, t. 17, nº 401.

putation qu'elle proclame elle-même et qu'elle le force à subir. Toutes les fois donc que le créancier n'aura fait que ce que la loi fait elle-même d'autorité, dans le silence des parties, en dirigeant l'imputation sur la créance exigible que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter, la société sera sans droit comme sans intérêt à se plaindre de l'imputation.

Nous faisons la même observation pour le cas où le débiteur aurait dirigé lui-même l'imputation, suivant son droit et sans fraude, sur la créance personnelle de l'associé, à l'exclusion de la créance de la société. Si cette dernière en éprouve dommage, elle ne saurait l'imputer au fait de l'associé, ni l'en rendre responsable. Le débiteur qui n'est tenu, à cet égard, d'aucune obligation envers elle, n'a fait qu'user de son droit, en déclarant quelle dette il entendait acquitter (1).

Du reste, et dans tous les cas, l'imputation conventionnelle est réputée non avenue à l'égard des autres associés seulement. Elle subsiste et produit tous ses effets entre les parties qui l'ont faite, entre l'associé et le débiteur.

7. Comme sanction de faute ou de fraude, l'article 1848 doit être appliqué à tout administrateur conventionnel ou légal, tel qu'un mandataire, un tuteur, un mari, un héritier bénéficiaire, qui se trouvent en même temps créanciers du débiteur personnellement, et imputent ce qu'ils reçoivent sur leurs créances non encore exigibles, alors que celles du mandant, du pupille, de la femme ou de la succession sont exigibles et, à ce titre, préférables. Il suffit, en effet, que ce soit un mauvais acte d'administration, pour que ce mode d'imputation ne soit point consacré au préjudice de la partie intéressée.

Article 1256.

Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour

(1) Troplong, *ibid.*, n°s 559. — Duvergier, *ibid.*, n° 336. — Delvincourt, t. 3, p. 231. — *Contrà*, Duranton, t. 17, n° 401.

lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues, sinon sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point. — Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

Sommaire.

1. L'imputation peut résulter implicitement de la quittance.
2. L'imputation légale ne se fait que sur dettes échues ;
3. Non sur les obligations naturelles.
4. Principe de l'imputation légale.
5. Conséquences. Diverses dettes comparées.
6. Autre conséquence.
7. L'imputation porte sur la partie même de dette que le débiteur a le plus d'intérêt d'acquitter.
8. Mais elle porte toujours sur les intérêts préférablement, et non sur le capital.
9. *Quid,* des dommages et intérêts?
10. L'imputation se fait sur la seule dette échue, et non sur les autres ;
11. *Quid,* si aucune n'est échue?
12. Ou si plusieurs sont échues le même jour?
13. Si les dettes échues sont de même nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne,
14. Toutes choses égales, proportionnellement.
15. Les règles de l'imputation sont inapplicables en compte-courant.

COMMENTAIRE.

1. Lorsque le débiteur et le créancier n'ont point fait eux-mêmes l'imputation, la loi se charge de la faire ; et, dans les règles qu'elle pose, elle se conforme à l'intention présumée des parties.

Il semble, toutefois, résulter des termes de l'article 1256 que la loi ne règle l'imputation que lorsque la quittance n'en porte aucune, de telle sorte que l'imputation conventionnelle doive toujours être formellement exprimée dans la quittance. Elle peut, cependant, être implicite, et résulter virtuellement

des termes dans lesquels la quittance est conçue. Le débiteur y déclare, par exemple, payer les douze cents francs qu'il doit à son créancier ; et, au nombre de ses diverses dettes, il y en a une échue qui est précisément de cette somme. Ne résulte-t-il pas implicitement de la quittance que c'est cette dette que le débiteur a entendu acquitter de préférence? Elle n'est, sans doute, indiquée que par son montant; elle ne l'est ni par sa cause, ni par sa date, ni par son exigibilité; mais le simple rapprochement de la somme payée avec le montant de cette dette, équivaudra, dans la plupart des cas, à une déclaration d'imputation spéciale. Nous en disons autant de la déclaration qui aurait éte faite dans les mêmes termes, par le créancier, dans la quittance donnée au débiteur et acceptée par lui.

2. Lorsque la quittance n'indique aucune imputation, soit expressément, soit implicitement, la première règle est que le payement doit être imputé seulement sur la dette ou les dettes qui sont actuellement échues. Les dettes non échues sont exclues de l'imputation, parce qu'il n'est pas à présumer que le débiteur ait entendu payer par anticipation, et renoncer ainsi au bénéfice du terme. Il n'est pas non plus à présumer que le créancier ait voulu recevoir un payement anticipé, lorsque le terme a été stipulé en sa faveur, et qu'il a intérêt à recevoir le payement des autres dettes échues. L'imputation légale ne se fait donc que sur les dettes échues et exigibles.

3. Elle ne porte pas non plus sur les obligations simplement naturelles (1), pour lesquelles il n'y a point action.

4. Comme les règles de l'imputation légale sont surtout fondées sur les principes d'équité, la loi veut que le créancier traite le débiteur comme il voudrait être traité lui-même, s'il était à sa place. Elle l'oblige, en conséquence, à accepter l'imputation telle qu'il est présumé devoir la faire personnellement sur la dette dont il se serait, étant débiteur, libéré de préfé-

(1) L. 94, § 3, *ff. De solut.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 529.

rence. Or, comme l'intérêt eût été pour lui la règle de son imputation, il ne doit pas en supposer une différente de la part de son débiteur (1). Lors donc que la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette la plus onéreuse et que le débiteur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter, entre celles qui sont pareillement échues (1256); *in graviorem causam videri solutum* (2).

5. L'imputation doit ainsi se faire sur la dette non contestée, plutôt que sur celle contestée (3);

Sur la dette qui emporte contrainte par corps, plutôt que sur celle qui ne comporte pas cette voie d'exécution (4);

Sur la dette qui est établie par acte ayant voie d'exécution parée, plutôt que sur celle qui est autrement établie;

Sur les dettes qui produisent intérêts, plutôt que sur celles qui n'en produisent point (5);

Sur les dettes personnelles et hypothécaires, plutôt que sur les dettes chirographaires (6);

Sur la dette pour laquelle le débiteur a donné un cautionnement, plutôt que sur celle qui n'est pas cautionnée; car, en payant la première, il se libère envers le créancier et la caution, et a plus d'intérêt à l'acquitter (7);

Sur la dette dont il est le débiteur principal, plutôt que sur celle dont il n'est que caution; il peut, en effet, n'avoir jamais à payer cette dernière, et, s'il l'acquitte, il a recours contre l'obligé principal (8);

(1) L. 1, *ff. De solut.*
(2) L. 5, *ff. De solut.*
(3) L. 1, *ff. De solut.*
(4) Paris, 1er février 1859. SIREY, 59, 2, 511.
(5) POTHIER, *Oblig.*, n° 530. — DURANTON, t. 12, n° 199. — TOULLIER, t. 7, n° 179. — ZACHARIÆ, t. 2, p. 370, nte 10, 1re édit., et t. 4, p. 167, nte 12, 4e édit. — LECAMUS, p. 260 et 264. — Rouen, 26 juillet 1873. SIREY, 74, 2, 143.
(6) L. 97, *ff. De solut.*
(7) L. 4 et 5, *ff. De solut.* — Orléans, 3 avril 1851. SIREY, 51, 2, 555.
(8) L. 4 et 97, *ff. De solut.*

Sur la dette dont il est seul et personnellement débiteur, plutôt que sur celle dont il est codébiteur solidaire, quoiqu'elle soit la plus ancienne;

Sur la dette qui est assortie d'une clause pénale, plutôt que sur celle qui ne l'est pas (1);

Sur la dette dont le non payement l'expose à une déchéance, à une action en résolution ou en dommages et intérêts, plutôt que sur une autre qui n'offre pas les mêmes caractères (2);

Sur la dette dont le payement est poursuivi, plutôt que sur celle dont le payement n'est point demandé; car le débiteur est intéressé à se soustraire aux poursuites, et plus encore à certaines poursuites qu'à d'autres, suivant les circonstances.

6. Telles sont les conséquences du principe posé par l'article 1256. Mais dans son application, il suppose, de la part des juges, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Si, en effet, la loi dit que le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues, elle s'en rapporte nécessairement aux juges du soin de faire cette appréciation comparative, et elle s'en rapporte à eux, sans même leur prescrire aucune règle positive, suivant laquelle ils soient tenus de mesurer le degré d'intérêt que peut avoir le débiteur d'acquitter telle dette de préférence à telle autre. Leur appréciation est donc subordonnée aux circonstances de la cause, et échappe à tout recours en cassation (3).

Ainsi, le débiteur sera censé avoir plus d'intérêt à acquitter tantôt une dette hypothécaire qu'une dette qui emporte contrainte par corps, tantôt une dette assortie d'une clause pénale qu'une dette productive d'intérêts.

Les juges auront, sur ce point, à se déterminer par la con-

(1) L. 4, *ff. De solut.*

(2) L. 7, *ff. De solut.*

(3) Cass., 28 juin 1853. Sirey, 53, 1, 695. — 20 mai 1862. Sirey, 63, 1, 91. — 25 nov. 1867. Sirey, 68, 1, 80.

sidération de la position du débiteur, de sa fortune, de sa profession, des nécessités de son crédit, et de toutes les autres circonstances propres à faire connaître quelle dette il lui importait le plus d'acquitter.

7. Si le débiteur avait plus d'intérêt à acquitter telle partie d'une même dette que telle autre, l'imputation devrait porter de préférence sur la portion qu'il lui importe le plus d'acquitter. Tel est le cas où il aurait donné caution ou hypothèque pour une moitié de son obligation seulement. Car il a plus d'intérêt à acquitter cette moitié que l'autre. Mais il importe de concilier cette règle d'imputation avec les effets spéciaux des garanties qui ne s'appliquant à la totalité de la dette que pour une quotité, ont été précisément stipulées afin d'avoir une assurance contre les éventualités de non payement. Ainsi, comme la caution se soumet envers le créancier à satisfaire à l'obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (2011), elle est par là même tenue de garantir sur la totalité de la dette la portion qui ne serait pas payée par le débiteur, à due concurrence de son cautionnement partiel. Les payements faits pour l'obligé principal doivent donc s'imputer premièrement sur la partie non cautionnée, de manière à laisser intactes les garanties résultant du cautionnement (1).

Mais nous pensons en même temps que la règle reprend son empire, et que l'imputation doit se faire d'abord sur la partie cautionnée, lorsque ayant été déterminée par pactes à terme ou autrement comme fraction distincte et divisée de la dette, cette partie est la seule ou la première échue; car la priorité d'échéance fixe l'imputation; ou bien encore lorsque la caution a demandé sa décharge; car le débiteur est alors censé payer pour lui procurer sa libération et échapper à son recours; soit enfin lorsque toutes les parties de la dette sont

(1) TROPLONG, *Caut.*, nos 247 et 501. — Cass., 12 janvier 1857. SIREY, 57, 1, 349. — *Contrà*, arrêt du parlement de Paris du 3 août 1709. Voy. AUGEARD, ch. 83, t. 2, p. 183.

également échues, le débiteur ayant un plus grand intérêt à se libérer de telle portion que de telle autre. C'était au créancier à se ménager, pouvant le faire, ses garanties au moyen d'une imputation conventionnelle. La question peut d'ailleurs dépendre des circonstances de la cause, et des termes dans lesquels la garantie a été donnée (1).

Ce que nous disons du cas où un cautionnement a été fourni, nous l'appliquons également au cas où une hypothèque a été concédée. Il faut alors distinguer si l'hypothèque, bien que limitée à une quotité, porte, comme garantie générale et permanente, sur la totalité de la dette jusqu'à parfait payement, ou bien, au contraire, si elle s'applique déterminément à une portion distincte, considérée comme dette particulière et séparée. Ce n'est que dans ce dernier cas que l'imputation peut s'opérer suivant la règle commune.

Tel est encore le cas où un codébiteur solidaire donne un à-compte sur la dette. Le payement doit s'imputer sur la part virile dont il est tenu dans l'obligation personnellement vis-à-vis de ses consorts, soit parce qu'il y est obligé sans recours, soit parce que les autres sont réputés ses cautions à son égard, soit parce que, plus tard, il sera libéré s'il obtient remise de la solidarité.

La même règle d'imputation doit enfin être suivie lorsque, par suite d'un règlement, par exemple, mais sans novation, des dettes d'origine et de nature diverses ont été réunies et confondues, pour ne former désormais qu'une obligation totale et unique. L'imputation devra se faire sur celle des dettes réunies que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, à moins qu'en se réservant expressément les garanties attachées à telle ou telle portion de l'obligation totale, le créancier ne soit censé avoir autrement dirigé par avance l'imputation, de manière à éteindre d'abord celles des dettes qui étaient le moins efficacement garanties.

(1) Voy. Cass., 13 nov. 1861. Sirey, 62, 1, 307.

Cependant l'article 1256 cesse de recevoir son application toutes les fois que le payement a été fait dans des termes et des conditions qui par eux-mêmes sont exclusifs de toute imputation spéciale, et de toute distinction à faire entre les dettes auxquelles il s'applique. C'est ce qui arrive lorsqu'au cas de faillite ou de liquidation il n'est payé qu'un dividende de tant pour cent sur le montant total des créances réunies. Il est évident que ce dividende doit s'imputer proportionnellement à chaque créance, puisqu'il a été calculé d'après elle, sans qu'il y ait lieu d'examiner si le débiteur a eu plus d'intérêt à acquitter telle dette que telle autre (1).

8. Il convient de combiner l'article 1254 avec l'article 1256. D'après le premier de ces articles, le payement s'impute d'abord sur les intérêts; d'après le second, sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter. Il n'en faut point conclure que celui-ci contienne une dérogation à celui-là, en ce sens que l'imputation ne doive plus porter d'abord sur les intérêts, toutes les fois qu'il existe une dette que le débiteur a un plus grand intérêt à acquitter. L'imputation légale étant réglée sur les principes d'équité, ne doit pas se faire d'une manière préjudiciable aux intérêts du créancier. Voilà pourquoi elle se fait, avant tout, sur les intérêts ou arrérages.

Cette règle est l'application d'un principe supérieur, qui domine également l'hypothèse de l'article 1256. Lors donc que plusieurs dettes sont pareillement échues, le payement qui ne porte aucune imputation spéciale doit s'imputer indistinctement d'abord sur les intérêts exigibles, et ce n'est que le surplus qui s'impute sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, quand bien même il y en aurait parmi les dettes qui ont produit des intérêts, quelqu'une dont le payement intéressât moins le débiteur (2). Du reste, l'imputation

(1) Cass., 12 fév. 1868. Sirey, 68, 1, 198. — Voy. cep. Cass., 20 mai 1862. Sirey, 63, 1, 91.

(2) Cass., 25 nov. 1862. Sirey, 63, 1, 89.

quant aux intérêts est soumise elle-même à un ordre particulier, suivant que le débiteur est plus ou moins intéressé à payer telle ou telle dette, conformément à l'article 1256.

9. Nous avons remarqué plus haut (1) que les dommages et intérêts ne jouissaient pas de droit, comme les frais, intérêts et arrérages, d'une priorité d'imputation. Les payements ne s'imputeront ainsi sur eux que conformément aux dispositions de l'article 1256, c'est-à-dire que leur rang, dans l'œuvre d'imputation, se déterminera suivant le plus ou le moins d'intérêt que le débiteur avait à les acquitter, comparativement à la dette principale ou à d'autres dettes pareillement échues.

10. Si une seule dette était échue, ce serait sur elle qu'on devrait diriger l'imputation, quoiqu'elle fût moins onéreuse que celles qui ne sont point échues (1256).

Pothier (2) pensait cependant que, si la dette dont le terme n'est pas échu devait échoir dans peu de jours, elle devrait prévaloir, dans l'imputation, sur une autre dette échue que le débiteur à moins d'intérêt à acquitter. Mais cette opinion est aujourd'hui formellement repoussée par le texte même de l'article 1256, qui exclut de l'imputation toute dette non échue. Et nous ajoutons qu'il est indifférent qu'il s'agisse d'un terme conventionnel ou d'un terme de grâce.

Les dettes non échues ne sont donc point comprises, quelque courte que soit leur échéance, dans l'imputation légale : et, si le payement fait avant leur échéance ou exigibilité doit s'imputer jamais sur elles de préférence à d'autres dettes échues, ce ne pourra être que parce que la quittance établit expressément ou virtuellement une imputation spéciale et exceptionnelle.

11. Si le payement fait sans imputation particulière avait eu lieu avant qu'aucune dette ne fût échue, il semble qu'il

(1) Art. 1254, n° 5.
(2) *Oblig.*, n° 530.

devrait s'imputer sur celle qui vient la première à échéance, quand bien même il y en aurait d'autres à échoir prochainement, que le débiteur aurait un plus grand intérêt à acquitter. Il parait être, en effet, dans l'esprit de l'article 1256, que l'échéance saisisse l'imputation et la fixe, à l'exclusion des autres dettes non échues.

Cependant, l'imputation doit se faire, dans ce cas, sur la dette que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter, abstraction faite de toute priorité d'échéance ou d'exigibilité (1). S'il est plus aisé de comprendre pourquoi la supériorité d'intérêt règle l'imputation, lorsqu'il s'agit de plusieurs dettes pareillement échues, néanmoins, lorsqu'il n'y en a aucune qui soit échue au moment du payement, il n'est pas vrai qu'il n'existe point, à défaut d'exigibilité, cet intérêt actuel sur lequel l'article 1256 fonde le principe de l'imputation légale. Comme il n'y a, sous le rapport de la non exigibilité, pas plus de différence entre dettes non échues, qu'il n'y en a, sous celui de l'exigibilité, entre dettes échues et exigibles, cette égalité ne peut se rompre, dans un cas comme dans l'autre, que par la différence d'intérêt que le débiteur a d'acquitter telle dette plutôt que telle autre. Ainsi le veut l'équité, et, si la priorité d'échéance peut servir à déterminer cet intérêt, elle n'en est pas la mesure unique. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle décidé que lorsque aucune dette n'est échue lors du payement anticipé, il appartient au juge du fait de déterminer, d'après les circonstances de la cause, quelle dette le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter. Et il faut remarquer que, dans l'espèce, l'arrêt attaqué avait dirigé l'imputation précisément sur la dette dont l'échéance était imminente, et qui était, en outre, garantie par un cautionnement, préférablement à celle dont l'échéance était plus éloignée, et qui n'était garantie que par un nantissement de marchandises (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 370, 1re édit., et t. 4, p. 168, 4e édit. — DURANTON, t. 12, no 195.
(2) 28 juin 1853. SIREY, 53, 1, 695.

12. Si plusieurs dettes étaient à échéance le même jour, l'imputation se ferait sur celle dont le payement importe le plus au débiteur, comme si le payement avait eu lieu après leur échéance, au lieu d'avoir été opéré avant qu'aucune dette ne fût échue.

Si le débiteur n'a pas plus d'intérêt à acquitter l'une que l'autre, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes. Telles sont les conséquences de notre principe combiné avec les autres règles.

Enfin, si aucune autre circonstance ne signale parmi les dettes échues après le payement, à des échéances diverses, celle que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter, l'imputation se fait dans l'ordre des échéances.

13. Revenons aux texte de l'article 1256. Si les dettes sont d'égale nature, c'est-à-dire que si parmi les dettes pareillement échues, il n'y en a aucune qui soit plus onéreuse que l'autre, et que le débiteur ait par suite plus d'intérêt à acquiter, l'imputation se fait sur la plus ancienne. Et, par plus ancienne, il faut entendre la plus anciennement échue (1). Il est à présumer, en effet, que le débiteur a entendu payer la dette qui doit lui peser le plus par l'antériorité de son échéance, et que le créancier a entendu de même se faire payer celle dont la prescription est soumise à un délai plus court.

14. Toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement (1256) : toutes choses égales, c'est-à-dire même nature, même intérêt, même échéance. L'imputation proportionnelle sur toutes les dettes résulte alors de la nécessité même des choses (2).

Inutile, sans doute, d'observer que les intérêts et arrérages prévalent encore ici dans l'imputation, et qu'elle ne se fait proportionnellement pour le surplus que sur le principal de chaque dette.

(1) L. 5 et 89, § 2, *ff. De solut.*
(2) L. 8, *ff. De solut.*

15. En matière de compte courant, les règles ordinaires de l'imputation cessent d'être applicables. Quand un banquier ouvre un compte dont les articles constituent autant d'opérations commerciales, les articles divers du débit et du crédit s'assimilent entre eux sans distinction, pour ne former, tout compte fait, qu'une créance unique et homogène, qui résume la position des parties et consiste dans le solde du compte. Il n'y a donc pas de créance particulière qu'on puisse extraire isolément du compte général pour la frapper d'une imputation spéciale, sous prétexte qu'elle est plus ancienne ou plus onéreuse, alors que le payement ne contient aucune affectation particulière (1)

§ IV. *Des offres de payement et de la consignation.*

Article 1257.

Lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. — Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur; elles tiennent lieu à son égard de payement lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

Sommaire.

1. Importance pratique des offres.
2. Elles supposent un refus.

(1) Caen, 15 mars 1837. Sirey, 39, 2, 287. — Bordeaux, 8 avril 1842. Sirey, 42, 2, 402 — Cass., 17 janv. 1849. Sirey, 49, 1, 228. — Rouen, 19 janv. 1849. Sirey, 50, 2, 138. — Paris, 21 déc. 1852. Sirey, 53, 2, 5. — Cass., 24 mai 1854. — Sirey, 55, 1, 737. — 29 juillet 1868. Sirey, 69, 1, 36. — 18 déc. 1871. Sirey, 72, 1, 223. — Voy. cep. Cass., 3 avril 1839. Sirey, 39, 1, 257.

3. Ce refus s'établit par toute sorte de preuves.
4. Les offres suivies de consignation libèrent le débiteur. Elles tiennent lieu de payement.
5. Sans consignation, elles préviennent toute déchéance et mise en demeure.
6. Après elles une mise en demeure est tardive.
7. Le créancier peut agir à ses risques, nonobstant les offres.
8. Les offres purgent la mise en demeure, quoique sans consignation.
9. Elles n'arrêtent pas le cours des intérêts. Renvoi.
10. Elles déchargent le débiteur des risques qui sont la conséquence de sa mise en demeure, et non des autres. Discussion.
11. Suite.
12. Conséquence de la libération du débiteur par des offres suivies de consignation.
13. Elles ne tiennent lieu de payement qu'à l'égard du débiteur.
14. La consignation a lieu à la charge des oppositions.
15. Des offres et de la consignation faites par une caution ou un codébiteur solidaire.
16. Un tiers non intéressé peut offrir et consigner pour le débiteur.
17. Influence de la validité de la consignation sur la validité du contrat à l'exécution duquel elle se réfère.

COMMENTAIRE.

1. Les offres de payement, quel qu'en soit l'objet, jouent un grand rôle dans la pratique des obligations. Soit qu'il s'agisse de se libérer d'une dette préexistante, comme au cas de donner une somme d'argent ou toute autre chose; soit qu'il s'agisse d'acquérir un droit, ou de prendre possession d'une chose moyennant un payement effectif, comme au cas d'une vente sans terme pour le payement du prix (1612), de l'exercice d'une faculté de rachat (1673), de l'acquisition d'un droit de mitoyenneté (661), ou d'une servitude de passage en cas d'enclave (682); dans toutes ces hypothèses et une infinité d'autres semblables, comme il y a, au résumé, un payement à effectuer, il y a lieu par cela même à des offres réelles. En un mot, chaque fois qu'il y a quelque chose à payer, il y a quelque chose à offrir.

2. Les offres supposent, toutefois, un refus de la part du créancier. Car si elles étaient acceptées immédiatement, tout de suite, sans refus antérieur de sa part, elles se confondraient en réalité dans l'acte même de payement. Offrir et payer ne serait alors qu'un seul et même acte. Ce n'est donc que lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, que le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte (1257).

Ce droit de faire des offres, il le tient de sa qualité même de débiteur; car le refus injuste du créancier ne saurait lui causer préjudice en empêchant sa libération, dont la cause est, au contraire, très favorable.

3. La loi n'exige aucune forme spéciale pour constater le refus du créancier. Ce refus, qui n'est qu'un fait, peut être établi par toute sorte de preuves. La signification même de l'acte d'offres en est le plus souvent par elle-même une preuve suffisante et décisive.

4. Le premier et principal effet des offres réelles est d'autoriser le débiteur à consigner la chose offerte en payement. Mais, de même qu'il ne pourrait régulièrement consigner sans offres préalables, de même les effets de l'acte d'offres demeureraient imparfaits, s'ils n'étaient suivis d'une consignation. Si donc le débiteur doit commencer par faire des offres réelles, il ne doit pas s'en tenir là. Il faut consigner la chose offerte. Autrement, il n'aurait pas accompli tous les devoirs que la loi lui impose.

Les seules offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur. Elles tiennent lieu, à son égard, de payement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier (1257). On voit que la loi exige le concours des offres et de la consignation, et qu'elle en fait dépendre la libération du débiteur. En disant qu'il est libéré par les offres réelles suivies d'une consignation, l'article 1257 ne signifie pas que la libération du débiteur remonte

avec tous ses effets au jour des offres réelles, pourvu qu'elles aient été suivies d'une consignation. C'est surtout à cette consignation, complément indispensable et réalisation légale des offres, qu'il attache la libération du débiteur. C'est elle seule qui tient lieu de payement et en produit tous les effets, en ce qui concerne l'extinction de la dette (1). Les offres réelles n'emportant par elles-mêmes aucun dessaisissement de la chose, on ne peut dire que le débiteur ait fait un acte équivalent à payement. Car il ne saurait tout à la fois payer et retenir.

5. Ce n'est pas cependant que les offres réelles, lorsqu'elles ne sont point suivies de consignation, ne puissent produire aucun effet utile en faveur du débiteur qui les a faites. Elles n'équivaudront point, sans doute, à un payement libératoire; mais elles produiront néanmoins, dans son intérêt, des résultats avantageux que nous devons indiquer.

Elles suffiront d'abord, lorsqu'elles auront lieu avant l'échéance, pour empêcher le débiteur d'être constitué en demeure dans les divers cas où il résulte, soit de la convention des parties, soit de la nature de l'engagement, que la simple échéance du terme devait le constituer en demeure. Tels sont les cas où il s'agit de l'exercice d'une faculté de rachat, ou du remboursement du capital d'une rente à défaut du payement de deux annuités. Il suffira que le débiteur ait fait, avant l'expiration du terme, des offres réelles pour qu'il ait prévenu toute déchéance.

Il préviendra également par de simples offres réelles non suivies de consignation, les effets de la mise en demeure par la seule échéance du terme, en ce qui concerne les dommages et intérêts et la clause pénale. On ne peut dire, en effet, qu'il est en demeure, alors que par des offres réelles et régulières il a constitué lui-même le créancier en demeure de recevoir.

(1) L. 9, C. *De solut.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 537.

A plus forte raison, préviendra-t-il les effets du retard, dans le cas où il ne pouvait être mis en demeure que par une sommation ou tout autre acte équivalent. Il est même alors indifférent que les offres aient eu lieu avant ou après l'échéance, tant qu'il n'a pas été sommé.

6. Mais qu'arrivera-t-il si, après les offres réelles non suivies de consignation, le créancier adresse au débiteur une sommation ou tout autre acte équivalent? Bien évidemment cette prétendue mise en demeure tardive n'aura pas pour effet de faire encourir au débiteur une déchéance que, par ses offres antérieures, il a prévenue autant qu'il était en son pouvoir. Car il y aurait une grande injustice à le rendre victime de la mauvaise volonté, du fait ou de la faute du créancier qui a été, au contraire, mis en demeure de recevoir.

Mais cette mise en demeure du débiteur aura-t-elle pour résultat de lui faire encourir, à défaut de libération par une consignation régulière de sa part, les dommages et intérêts qu'il aurait encourus, s'il n'eût point fait d'offres antérieures? Pas davantage, du moins en ce qui concerne les dommages et intérêts proprement dits, car nous traiterons à part des intérêts. On ne saurait, en effet, prétendre que le débiteur qui a fait des offres régulières et valables est en retard. Or, le retard légalement constaté est la seule cause des dommages et intérêts. N'étant pas en retard, il n'y est donc pas tenu. Autrement, il serait victime du fait ou de la faute de son créancier.

En vain prétendrait-on (1) que les offres seules suivies de consignation libèrent le débiteur; que si des offres sans consignation suffisaient pour prévenir dorénavant toute mise en demeure, il s'ensuivrait que le créancier n'aurait aucun moyen

(1) Voy. Zachariæ, t. 2, p. 385, n^te 19, 1re édit. — MM. Aubry et Ran, t. 4, p. 197, 4e édit., se rapprochent d'ailleurs beaucoup de notre opinion.

de constituer en demeure le débiteur qui, après avoir fait avant toute mise en demeure des offres réelles, s'en tiendrait là et ne ferait aucune consignation.

Que pour produire la libération du débiteur et équivaloir à payement, les offres réelles doivent être suivies de consignation, nous le reconnaissons; et ce principe aura lui-même les conséquences propres que nous nous réservons d'indiquer. Mais s'ensuit-il que pour prévenir toute mise en demeure, une consignation doive nécessairement suivre les offres réelles? Nullement. En effet, autre chose est se libérer, autre chose prévenir ou purger une mise en demeure. Pour se libérer, il faut effectuer un payement ou tout autre acte qui en tienne lieu. Pour prévenir ou purger une mise en demeure, il suffit, au contraire, que le débiteur, sans se libérer, ne soit point réputé en demeure. Or, nous le répétons, n'est-il pas évident que le débiteur qui a fait des offres réelles suffisantes, ne saurait être censé en demeure, à moins qu'on ne veuille, contrairement à tous les principes d'équité, lui faire éprouver préjudice de l'injuste refus de son créancier? On ne saurait donc tirer aucun argument des dispositions de l'article 1257, parce qu'elles n'ont trait qu'à la libération du débiteur, et non à sa mise en demeure, qu'il peut cependant, sans être libéré ou réputé tel, prévenir ou purger par de simples offres, si elles sont valables.

Qu'importe, maintenant, que le créancier à qui des offres réelles ont été faites sans consignation, n'ait ultérieurement aucun moyen de constituer le débiteur en demeure? Il nous suffit de dire qu'ayant eu tort de les refuser, il est juste qu'il subisse les conséquences de son inique refus.

7. Mais il ne faut pas croire qu'il n'ait aucun moyen d'agir. Il aura le choix entre plusieurs actions. D'une part, il peut agir en nullité des offres. Si elles sont validées, le jugement ne fait alors que constater l'injustice de son refus et la bonne foi du débiteur. Si elles sont annulées, alors elles sont répu-

tées non avenues, et le créancier a tous les mêmes droits que si aucun acte d'offres n'avait jamais eu lieu.

D'autre part, au lieu de demander la nullité des offres par voie d'action principale, il peut demander le payement de la dette, en faisant abstraction des offres. Le débiteur les lui oppose-t-il par voie d'exception? Alors la question de leur validité ou de leur nullité se présente incidemment. Le créancier conserve ainsi, nonobstant les offres, même suivies de consignation, la plénitude de son droit d'action, qu'il exerce à ses risques et périls (1). Seulement le débiteur s'est ménagé, au moyen de ses offres, le bénéfice d'une attitude expectante, en subordonnant ses obligations personnelles et les poursuites du créancier à la validité ou à la nullité de l'acte d'offres.

Il se présente ici naturellement une observation : c'est que, toujours nonobstant ces offres, le créancier qui aura de bonnes raisons de croire à leur nullité fera bien de mettre le débiteur en demeure, si déjà il n'y est constitué d'une façon ou d'une autre. Cet acte sera sans doute sans effet, si les offres sont déclarées valables; mais si elles sont déclarées nulles, comme elles sont alors réputées non avenues, la sommation aura pour effet de constituer la partie en demeure, de la même manière que si elle n'avait pas fait d'offres du tout.

8. De même que le débiteur peut prévenir par des offres, même non suivies de consignation, sa mise en demeure, de même et par les mêmes raisons il peut la purger, si déjà il y a été constitué, soit par la seule échéance du terme, soit par une sommation ou par tout autre acte équivalent. Il ne sera point sans doute réputé libéré; mais il cessera, du moment de ses offres, d'être en retard, et le créancier sera lui-même constitué en demeure de recevoir.

Mais remarquons bien que par ces offres la demeure est seule prévenue ou purgée, sans qu'il y ait libération d'aucune manière. Une hypothèse va nous fournir l'application de ce

(1) Cass., 4 juill. 1838. Sirey, 38, 1, 881.

double principe. Vous me vendez un cheval dont je dois prendre livraison d'ici à quinze jours, sans que vous m'accordiez terme pour le payement. D'une part, si je ne le retire pas dans le délai, il y a résolution de plein droit (1657). D'autre part, vous n'êtes pas tenu de me le livrer, si je n'en paye le prix (1612). Je vous fais donc, dans le délai du retirement, offres réelles du prix, avec demande en délivrance de la chose. J'aurai par là prévenu la résolution qui serait la conséquence de ma demeure, pourvu que mes offres soient reconnues valables. Mais comme, à défaut de consignation, elles n'équivalent pas à payement et ne produisent point ma libération, vous n'êtes pas tenu, tant que je n'ai pas consigné, de me faire délivrance de la chose. Mais aussitôt que j'aurai consigné, je pourrai vous demander la livraison, avec dommages et intérêts, suivant les circonstances.

9. Rigoureusement, il suit des principes que nous venons de poser, que les offres réelles sans consignation, prévenant ou purgeant toute mise en demeure, devraient arrêter le cours des intérêts moratoires, qui ne sont eux-mêmes que des dommages et intérêts d'une espèce particulière. Cette conséquence est, néanmoins, formellement repoussée par la loi. Le débiteur doit consigner le montant de la dette, avec les intérêts, jusqu'au jour du dépôt (1259). Comme cette disposition ne contient aucune distinction, elle est applicable à toute sorte d'intérêts, soit qu'il s'agisse d'intérêts conventionnels, compensatoires ou moratoires, ou qu'ils soient dus en vertu d'une convention expresse, d'une demande en justice, d'une simple sommation ou de tout autre acte de mise en demeure.

Sans insister sur ce point, que nous développerons plus tard (1), nous nous bornons à dire, quant à présent, que la loi exige la consignation des intérêts jusqu'au jour du dépôt, sans doute comme équivalents de la jouissance conservée jus-

(1) Art. 1259, n° 7.

que-là par le débiteur, et pour déterminer, par une sorte de sanction pénale, une prompte consignation de sa part.

Mais l'article 1259 suppose que les intérêts ont commencé à courir avant l'acte d'offres, qui suivant l'article 1258, doit contenir les intérêts dus. Il n'est donc pas applicable au cas où la somme offerte n'est point, au moment même des offres, productive d'intérêts, et où elle est seulement susceptible d'en produire par l'effet d'une mise en demeure légale, résultant, soit des termes de la convention, soit d'une sommation ou d'une citation en justice. Dans ce cas, le créancier sommerait ou assignerait vainement le débiteur, après les offres valablement faites, mais non encore suivies de consignation. Les intérêts ne courraient point, parce qu'ils ne sont que la peine du retard, et qu'on ne peut, ni légalement, ni équitablement, considérer comme étant en retard le débiteur qui a fait des offres suffisantes, que le créancier a eu le tort de refuser. A quelque époque que la consignation ultérieure ait lieu, il suffira qu'elle soit du capital offert, sans intérêts, puisque, au moment des offres, des intérêts n'étaient pas dus. En résumé, les offres préviennent bien la mise en demeure, quant aux intérêts, mais ne la purgent pas, si elles ne sont suivies de consignation.

10. Quant aux risques, des offres régulières, quoique sans consignation, ont pour effet d'en décharger le débiteur, alors que ces risques ne sont mis à sa charge que par suite de sa mise en demeure. Cette décharge de tous risques n'est elle-même, dans ce cas, que la conséquence de la mise en demeure prévenue ou purgée. Le débiteur, à partir des offres, demeurera donc tenu des risques, suivant la nature de son engagement, ni plus ni moins que s'il n'eût point été constitué en retard; c'est-à-dire qu'il n'est responsable que de son fait ou de sa faute.

Mais, s'il s'est chargé expressément des cas fortuits, ne pourra-t-il échapper à cette responsabilité qu'en consignant? De simples offres, sans dessaisissement de sa part, sont-elles

insuffisantes pour faire passer les risques sur la tête du créancier? Aussi longtemps qu'il conserve, dans ce cas, la possession de la chose, le débiteur demeurera-t-il soumis à la responsabilité des risques qui y est attachée? Telles seraient les conséquences, en apparence rigoureusement exactes, du texte de l'article 1257, qui embrasse toutes dettes, soit d'argent, soit d'autre chose. Mais comme, dans notre hypothèse, il s'agit d'une dette d'un corps certain, et que ce cas est spécialement prévu par l'article 1264 qui n'exige point, pour la libération du débiteur, une consignation proprement dite de la chose due, les offres qui en seraient faites régulièrement, même non suivies de dépôt, équivaudraient à payement, pour décharger le débiteur de tous risques subséquents. En ce sens, elles vaudraient libération; et, s'il ne s'est pas encore dessaisi, comme ce n'est que par le mauvais vouloir et la faute du créancier, on ne saurait, sans injustice, lui en faire subir les conséquences.

Lorsqu'il s'agit d'une obligation dont l'objet n'est déterminé que par sa quotité et par son espèce, les risques demeurent à la charge du débiteur, jusqu'à ce que la chose soit individualisée et ait revêtu les caractères d'un corps déterminé et certain. Telle est, par exemple, l'obligation de livrer un cheval. Mais comme le débiteur ne peut, par la nature même des choses, offrir régulièrement une chose qui n'est déterminée que par son espèce, il est forcé de la spécifier dans l'acte d'offres comme corps certain, comme individu. Elle cesse, dès lors, d'être indéterminée. Les offres auront ainsi pour double conséquence de déterminer la chose qui fait l'objet de l'obligation, et de reporter sur le créancier, à qui désormais il n'est dû que le corps certain qui lui a été offert, les risques qui, auparavant, pesaient sur le débiteur, à raison de l'indétermination générique de la chose due (1).

Il est vrai que l'article 1257 dispose que les offres tiennent

(1) *Conf.*, Zachariæ, t. 4, p. 197, 4e édit.

lieu de payement à l'égard du débiteur, lorsqu'elles sont valablement faites, et que la chose, ainsi consignée, demeure aux risques du créancier. Mais il ne faut point entendre cette disposition en ce sens, que de simples offres, sans consignation, laissent la chose due aux risques du débiteur, dans tous les cas où ils étaient déjà à sa charge, et qu'il n'y ait que le concours des offres et d'une consignation qui puisse l'en décharger (1). Telle ne nous paraît pas être la véritable interprétation de l'article 1257, dont le sens n'a pas ce caractère exclusif.

En établissant le concours des offres et de la consignation, il se place au seul point de vue des conditions nécessaires pour que les offres libèrent le débiteur, et tiennent lieu de payement à son égard. Il déduit en même temps l'une des conséquences de cet acte, considéré comme équivalent à un payement réel; c'est que la chose consignée demeure aux risques du créancier. Mais est-ce à dire que le débiteur restera responsable des risques, dans tous les cas, sans distinction, tant qu'il n'aura pas consigné la chose offerte? Nullement. Cette disposition signifie seulement que la consignation est nécessaire, comme complément des offres, pour reporter sur le créancier certains risques qui, de droit, à raison de la nature de la chose due, demeurent à la charge du débiteur, jusqu'au moment d'un payement effectif. Pour lui donner un autre sens, il faudrait établir que tous les risques sont tels, indistinctement, que le débiteur ne cesse d'en être tenu que lorsqu'il paye réellement.

N'est-il pas évident, au contraire, que les risques résultant de la mise en demeure ou de l'indétermination de la chose, cessent quand la demeure est purgée, quand la chose est devenue un corps certain et déterminé, indépendamment même de la libération du débiteur? Mais, parmi ces risques mêmes, il en est que le payement seul met à la charge du créancier. Or, comme l'article 1257 ne fait ici que poser les conditions indis-

(1) Voy. cep. ZACHARIÆ, t. 2, p. 385, nte 21, 1re édit.

pensables pour que les offres tiennent lieu de payement, nous sommes fondé à dire que, dans son intention comme dans sa lettre, il s'agit uniquement des risques qui ne passent du débiteur au créancier que par suite d'un payement réel, ou de tout autre acte équivalent.

Montrons quels sont ces risques. Ce sont ceux qui résultent de l'indétermination de la chose due, lorsque la détermination ne peut s'en faire que par le payement, comme au cas où il s'agit d'une somme d'argent; ou lorsque, pouvant s'établir par l'acte d'offres, elle n'y a pas été régulièrement faite, comme au cas où il a été offert dix hectolitres de blé sans mesurage effectué. La chose n'étant point alors devenue un corps déterminé et certain, la consignation, qui seule peut lui donner ce caractère, doit suivre les offres pour la faire passer aux risques du créancier. Mais, de ce moment, il prend tous les risques à sa charge. Ainsi, il supporte, à l'exclusion du débiteur, les risques résultant de l'insolvabilité du dépositaire, ou de la dépréciation ultérieure des espèces consignées ou des choses déposées.

11. Quant à ceux qui peuvent survenir entre les offres et la consignation, ils demeurent à la charge du débiteur, lorsqu'ils sont de telle nature, suivant la distinction que nous avons posée, que le dépôt seul de la chose peut les faire passer sur la tête du créancier. Ce dernier ne saurait en être tenu directement ni indirectement.

Ainsi, le débiteur supporte personnellement la diminution de valeur des espèces offertes, survenue entre les offres et la consignation (1), de même qu'il profite de leur augmentation de valeur arrivée dans le même intervalle. Ces risques ne sont à la charge du créancier qu'à partir de la consignation, si elle est jugée valable (2).

Supposons que l'huissier qui vient de vous signifier, en mon

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. 7, n° 231.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 545.

nom, des offres de mille francs, soit à son retour et sans sa faute, arrêté et dépouillé par des voleurs. Je ne pourrai pas dire que la somme a péri pour votre compte; car les offres n'en avaient pas moins laissé la propriété sur ma tête, et, en conséquence, tous les risques à ma charge. Je ne pourrai non plus quand vous me demanderez payement, vous opposer, à titre d'exception, que votre injuste refus de mes offres est la cause d'un dommage dont vous me devez réparation, en me donnant quittance de ma dette (1). Quelque fâcheux que soit cet événement pour le débiteur, il ne peut, cependant, en faire subir ainsi indirectement les conséquences par le créancier. Autrement, le principe que la chose périt pour le propriétaire, *res perit domino,* serait éludé. D'ailleurs, le refus plus ou moins injuste, plus ou moins inexcusable du créancier, ne saurait être considéré comme cause immédiate et directe de la perte de la chose.

12. De ce que les offres, suivies de consignation, tiennent lieu de payement à l'égard du débiteur, il suit que la dette est réputée éteinte, le débiteur libéré, les cautions déchargées, les hypothèques et les nantissements éteints; en un mot, que les rapports du débiteur avec son créancier se règlent comme si un payement réel et effectif avait eu lieu, pourvu, toutefois, que les offres et la consignation aient été régulièrement faites, et non retirées (1261).

S'agit-il, par exemple, de l'exercice d'une faculté de rachat, le débiteur, en faisant de simples offres, aura sans doute prévenu toute déchéance; mais ce ne sera qu'en les complétant par une consignation régulière qu'il acquerra les fruits de la chose, et qu'il pourra demander sa mise en possession (1673). Car il faut, pour l'exercice de ses droits, un payement réel ou un acte équivalent.

13. Ce n'est, toutefois, qu'à l'égard du débiteur et du créan-

(1) *Contrà,* DURANTON, t. 12, n° 225.

cier que les offres suivies de consignation tiennent lieu de payement lorsqu'elles ont été valablement faites (1). Ainsi, elles ne libèrent pas le créancier à l'égard de ses propres créanciers qui ont pratiqué des saisies-arrêts ou oppositions sur la somme plus tard offerte et consignée. Que cette somme périsse par cas fortuit, le débiteur n'en demeurera pas moins libéré ; mais les créanciers saisissants conservent tous leurs droits contre leur débiteur personnel.

14. La consignation, sans cesser de tenir lieu de payement à l'égard du débiteur, n'a jamais lieu qu'à la charge des oppositions qui peuvent exister (817, C. pr.).

15. Si les offres et la consignation avaient été faites par une caution ou un codébiteur solidaire, elles ne vaudraient payement qu'à l'égard du créancier et de la partie qui les aurait faites. Elles ne tiendraient pas lieu de payement à l'égard de l'obligé principal ou des autres codébiteurs. La partie qui les a faites ne pourrait, en conséquence, exercer de recours contre les autres coobligés qu'après qu'elles auraient été reconnues valables par le créancier, ou déclarées régulières contradictoirement avec lui, par jugement passé en force de chose jugée. En effet, outre que jusque-là la consignation peut être retirée (1261, 1262), rien ne prouve non plus qu'elles soient bonnes et valables, et qu'elles aient produit la libération des personnes obligées.

16. Le débiteur n'est pas le seul qui soit admis à faire des offres réelles et à consigner. Ce droit appartient également au tiers, intéressé ou non à l'acquittement de la dette, qui veut en effectuer le payement, conformément à l'article 1236.

Mais il ne pourra exercer de recours contre le débiteur, que lorsque sa libération sera devenue certaine par l'acceptation du créancier, ou par un jugement, passé en force de chose

(1) Voy. Cass., 29 fév. 1864. Sirey, 64, 1, 495.

jugée, qui déclare les offres et la consignation bonnes et valables.

17. La validité reconnue des offres, suivies de consignation, n'a, pas plus qu'un payement ordinaire, d'influence sur la validité du contrat à l'exécution duquel elles se réfèrent. Elles ne font, en effet, que tenir lieu de payement. S'agissant, par exemple, de la vente d'un bien dotal inaliénable, l'acquéreur pourra bien offrir et consigner son prix; mais les offres et la consignation ne vaudront que sauf le droit des époux de poursuivre la révocation de la vente, conformément à l'article 1560.

Tel serait encore le cas où l'acte étant susceptible d'une action en nullité ou en rescision, pour cause d'incapacité ou pour vice de consentement, le débiteur ferait des offres, avec consignation, à la partie qui peut faire rescinder ou annuler le contrat. L'action de cette dernière resterait intacte, nonobstant les offres et la consignation, quelque valables qu'elles fussent en soi, à moins qu'il n'y eût d'ailleurs de sa part quelque acte de confirmation expresse, ou d'exécution volontaire. La nullité ou la rescision de l'acte emporterait plus tard l'inefficacité des offres et de la consignation.

Article 1258.

Pour que les offres réelles soient valables, il faut 1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui; — 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer; — 3° qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire; — 4° que le terme soit échu s'il a été stipulé en faveur du créancier; — 5° que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée; — 6° que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paye-

ment, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention; — 7° que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

Sommaire.

1. Il n'y a point d'obligations qui ne soient susceptibles d'offres.
2. Offres différentes, quant aux formalités, suivant l'objet de l'obligation.
3. Principe général.
4. A qui les offres doivent être faites;
5. Par qui;
6. De quoi.
7. *Quid,* si, sur des offres de partie, les juges divisent plus tard le payement de la dette?
8. *Quid,* si les offres sont supérieures à la dette?
9. Le terme doit être échu s'il a été stipulé en faveur du créancier.
10. La condition suspensive doit être accomplie.
11. Le débiteur peut offrir sous certaines conditions.
12. En quel lieu les offres doivent êtes faites?
13. L'article 584, C. pr., ne contient pas un principe général.
14. Mais si un lieu a été fixé pour le payement, le débiteur doit y réaliser ses offres. Du domicile élu dans une inscription hypothécaire.
15. Le débiteur peut assigner en validité des offres au domicile élu pour l'exécution de l'obligation.
16. Les offres doivent être faites par un officier ministériel.
17. Le procès-verbal désigne l'objet.
18. Formes diverses. Mentions particulières. Notification.
19. Des offres faites incidemment à une instance.

COMMENTAIRE.

1. Il n'y a point d'obligations, soit de donner, de faire ou de ne pas faire, qui ne soient susceptibles d'offres, dans l'acception la plus générale du mot. Mais il n'y a parmi les obligations de donner que celles dont l'objet est susceptible d'une repré-

sentation matérielle et effective qui puissent donner lieu à des offres réelles. Ces offres sont, en effet, ainsi appelées, parce qu'elles consistent dans la représentation de la chose due, par opposition aux simples offres verbales, où la chose elle-même n'est point représentée.

2. Les règles qui concernent la forme des offres réelles et de la consignation sont différentes, suivant la nature de la chose qui forme l'objet de l'obligation. Ainsi, les dispositions de l'article 1258 sont uniquement relatives au cas où il s'agit d'une somme d'argent que le créancier refuse de recevoir, et que le débiteur est autorisé à consigner à la suite d'offres réelles.

Quant aux obligations de donner qui ont pour objet autre chose que le payement d'une somme d'argent, nous en traiterons sous l'article 1264. Nous parlerons également, sous le même article, des obligations de faire et de ne pas faire, en ce qui touche la forme et les efffets des offres auxquelles elles peuvent elles-mêmes donner lieu.

3. Comme les offres réelles, suivies d'une consignation, tiennent lieu de payement, leur validité est subordonnée aux mêmes conditions que la validité du payement lui-même ; d'autre part, comme acte, elles sont soumises à certaines formalités.

Les dispositions de l'article 1258 sont fondées sur ce double principe. Nous avons vu plus haut quelles sont les conditions essentielles à la validité de tout payement. Nous n'avons donc point ici à y revenir, et il nous suffit de renvoyer aux règles générales que nous avons développées.

4. Pour que les offres soient valables, il faut : 1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui (1258).

5. 2° Il faut quelles soient faites par une personne capable de payer (1258).

6. 3° Il faut qu'elles soient de la totalité de la somme exigible des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire (1258) (1).

Ainsi, l'offre d'une somme modique pour les frais non liquidés, si considérables qu'ils soient, sera suffisante, pourvu que le débiteur s'oblige à parfaire, et elle l'autorise à demander immédiatement la mainlevée de la saisie dont il a été l'objet, sauf au saisissant à poursuivre plus tard la liquidation des frais non liquidés (2). Le créancier doit alors s'imputer de ne pas avoir fait liquider ces frais, et d'avoir mis ainsi le débiteur dans l'impossibilité de lui faire des offres complètes. Tels étaient d'ailleurs les usages de notre ancienne jurisprudence.

Mais ceci ne s'applique qu'aux frais non liquidés (3). Les offres relatives aux autres portions de la dette seraient insuffisantes et nulles, si le débiteur avait offert simplement sous cette condition, sauf à parfaire, à moins que par son fait personnel le créancier n'ait mis le débiteur dans l'impossibilité de connaître le chiffre exact de la dette (4).

S'il y avait quelque erreur de calcul, cette erreur, facilement réparable, ne serait pas irritante, pourvu qu'elle eût été immédiatement réparée par un supplément d'offres.

Quand nous disons que les offres doivent être de toute la somme exigible, nous voulons dire également qu'il suffit qu'elles soit de la somme demandée par le créancier, quand même il aurait pu demander davantage, par exemple, un terme récemment échu. Comment ce dernier se plaindrait-il d'avoir été pris au mot? Mais le débiteur ne pourrait se prévaloir d'une simple erreur de calcul qu'il lui aurait été facile de rectifier lui-même.

(1) Cass., 16 nov. 1864. Sirey, 65, 1, 452.
(2) Cass., 26 fév. 1867. Sirey, 67, 1, 159.
(3) Cass., 28 janv. 1867. Sirey, 67, 1, 114.
(4) Cass., 27 fév. 1849. Sirey, 49, 1, 412.

7. Nous avons vu que l'article 1244 autorise les juges à diviser le payement de la dette, eu égard à la position du débiteur. Supposons que le débiteur, au lieu d'offrir la totalité de la dette, comme l'article 1258 l'y oblige, en offre seulement la moitié ou le tiers, et que les juges, sur l'instance en validité ou en nullité des offres, autorisent le débiteur à s'acquitter par moitié ou par tiers. Comme la quotité des offres correspond à la division établie par le juge, elles pourront être déclarées valables, à la charge de consigner, si la consignation n'a pas été déjà faite. Il serait, en effet, parfaitement frustratoire de les annuler, puisque, immédiatement, elles pourraient être régulièrement réitérées dans les mêmes termes.

Seulement, quant aux dépens exposés dans l'instance, et la perte d'intérêts éprouvée à la consignation, ils devront être supportés en entier par le débiteur, parce que le créancier a été fondé, jusqu'au jugement qui autorise, par grâce, le payement divisé de la dette, à refuser des offres qui n'étaient que partielles.

Mais les juges pourraient aussi en prononcer la nullité, en se fondant sur la rigueur du droit; car, en règle stricte, la division facultative de la dette ne saurait leur donner après coup une régularité qu'elles n'avaient point dans le principe.

8. En règle générale, la somme offerte doit être du montant exact de ce qui est dû, ni plus ni moins; car le créancier ne peut être contraint d'accepter plus que le montant de sa créance et de s'exposer ainsi à une demande en restitution (1).

On ne saurait dire, toutefois, que les offres supérieures à la dette sont insuffisantes; car elles contiennent alors la totalité de ce qui est dû, puisqu'elles contiennent même davantage. Cette double observation nous conduit à une distinction.

Si le créancier, expliquant son refus, déclare qu'il refuse les offres uniquement parce qu'elles sont supérieures à sa créance

(1) DURANTON, t. 12, n° 205. — MERLIN, Rép., v° *Offres*, n° 2.

dont il précise le chiffre, qu'il ne veut pas recevoir plus qu'il ne lui est dû, soit parce qu'il ne peut rendre immédiatement l'excédant, soit parce qu'il ne veut pas se soumettre à une restitution ultérieure; et si, dans ce cas, sur ces explications toutes naturelles de la part du créancier, l'officier ministériel chargé de faire les offres les retire et consigne, elles devront être déclarées nulles et non avenues. Car le créancier n'a refusé que l'excédant et accepté le reste (1).

En vain même le débiteur s'engagerait-il à ne pas répéter ce qui excède. *Invito beneficium non datur*, n'est donataire qui ne veut. Le créancier est toujours en droit de dire qu'il ne veut que ce qui lui est dû.

Mais si le créancier ou la personne chargée de recevoir, sans donner aucune explication, refuse sèchement les offres, ou si elles sont faites régulièrement, non à personne mais à domicile, sans qu'on y rencontre personne, dans ce cas, elles nous paraissent régulières et elles autorisent le débiteur à consigner. Il n'est pas à présumer, en effet, que ce dernier n'eût point offert et payé la totalité de la dette, en acceptant la réduction proposée par le créancier, puisque les offres excédaient même cette totalité (2).

Les offres ne sont en général supérieures à la somme due, que dans le cas où les parties ont à faire entre elles un compte dont les bases sont contestées et les résultats incertains. Si, dans cette situation, le créancier, sous le seul prétexte qu'il ignore combien il peut, en définitive, lui être dû, sans indiquer aucun chiffre précis de sa créance, refuse la somme offerte, les offres et la consignation ne nous paraissent pas susceptibles d'être annulées, par la seule raison qu'elles se trouvent supérieures à la totalité de la dette, telle qu'elle est fixée par règlement ultérieur. Comme la loi ne prononce pas la nullité des offres excessives, elles ne doivent être déclarées

(1) Marcadé, art. 1258, nº 1.
(2) Toullier, t. 7, nºs 193 et 194.

nulles par ce motif, que lorsque cet excès fournit au créancier une raison légitime et fondée de les refuser.

9. 4° Il faut que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier (1258).

10. 5° Il faut que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée (1258).

Il ne s'agit ici que d'une condition suspensive ; car, s'il s'agit d'une condition résolutoire, comme elle ne suspend pas l'obligation, les offres peuvent être faites aussi régulièrement que si l'obligation était pure et simple.

11. Mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur ne fasse ses offres que sous certaines conditions, par exemple, en demandant, suivant son droit, que le créancier donne mainlevée d'une saisie-arrêt, consente une hypothèque, fournisse un cautionnement, accorde radiation d'une inscription hypothécaire, justifie d'une qualité, remette des titres, donne quittance en forme, procède à une vérification, etc... (1).

Ainsi, la partie condamnée qui déjà s'est pourvue en cassation ou entend se pourvoir, offre valablement le montant des condamnations prononcées contre elle, alors même que ses offres sont faites sous réserve de pourvoi, et à la charge par le créancier de lui remettre tous actes et pièces, de consentir mainlevée d'hypothèque et de poursuites en saisie. Le pourvoi n'étant point suspensif, elle peut, en effet, prévenir par des offres une exécution forcée, et les réserves et conditions qui y sont apposées ne sont que l'exercice d'un droit appartenant à tout débiteur qui veut se libérer (2).

12. 6° Il faut que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que, s'il n'y a pas de convention

(1) Duranton, t. 12, n° 210. — Cass., 31 janv. 1820. Sirey, 20, 1, 231.

(2) Cass., 11 juill. 1849. Sirey, 50, 1, 26.

spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (1258).

On voit qu'il y a sur ce point une différence entre les offres réelles et le payement, car ce dernier doit être effectué, en règle générale, au domicile du débiteur.

Pothier (1) observe que si la dette est payable ailleurs qu'au domicile du créancier, sans que celui-ci ait élu domicile au lieu convenu pour le payement, le débiteur devra l'assigner à personne ou à domicile, pour le contraindre à y élire domicile auquel les offres devront ensuite être notifiées. Cette procédure peut encore être suivie; mais elle ne nous paraît pas forcée. Le débiteur peut régulièrement offrir à la personne ou au domicile du créancier, faute par ce dernier d'avoir élu un domicile spécial au lieu convenu pour le payement. Ce défaut d'élection de domicile est même un retour de fait à son domicile ordinaire.

Du reste, lorsque les offres doivent être faites dans un lieu autre que le domicile du créancier, le débiteur n'est pas tenu de le sommer au préalable d'y être présent. Le créancier est censé s'être mis personnellement en mesure de s'y trouver ou d'y être représenté.

13. D'après l'article 584, C. pr., au titre des saisies-exécution, le commandement préalable doit contenir élection de domicile, jusqu'à la fin de la poursuite, dans la commune où doit se faire l'exécution, si le créancier n'y demeure; et le débiteur pourra faire à ce domicile élu toutes significations, et même d'offres réelles et d'appel.

L'article 673, C. pr., relatif à la saisie immobilière, porte également que le commandement doit contenir élection de domicile dans le lieu où siége le tribunal qui devra connaître de la saisie, si le créancier n'y demeure pas. Mais il n'ajoute

(1) *Oblig.*, n° 542.

pas que le débiteur pourra signifier des offres réelles, même à ce domicile élu. De là naît la question de savoir si cet article 673 doit être complété par les dispositions de l'article 584. En exigeant une élection de domicile dans le commandement qui précède la saisie-exécution ou la saisie immobilière, le législateur a eu, dit-on, évidemment pour but de mettre le débiteur à même de se soustraire le plus promptement possible aux poursuites rigoureuses dirigées contre lui. Elle ne serait donc pour lui d'aucune utilité, s'il ne pouvait signifier des offres au domicile élu. Aussi, l'article 584 le dit-il expressément, et si cette disposition ne se trouve pas répétée dans l'article 673, c'est que la répétition en a semblé inutile, en présence du but évident que le législateur s'est proposé (1).

L'opinion contraire nous paraît néanmoins plus conforme aux véritables principes. La règle générale est, en effet, posée par l'article 1258, et pour être autorisé à y déroger, il faudrait une exception expresse. Or l'article 673, C. pr., ne reproduit pas pour le cas de saisie immobilière la disposition spéciale de l'article 584 du même Code. Il faut d'ailleurs remarquer que cette disposition, motivée sur le bref délai qui sépare la saisie-exécution du commandement, ne saurait, au cas de saisie immobilière, se justifier par les mêmes considérations d'urgence. Ajoutons que l'article 584 doit d'autant moins être appliqué dans ce cas, qu'il exige une élection de domicile dans la commune où se fait la saisie exécution, tandis que l'article 673 en exige une au lieu où siége le tribunal qui doit connaître de la saisie (2).

L'article 584, C. pr., nous semble ainsi ne point contenir

(1) Chauveau, sur Carré, *Quest.* 2425 *bis.* — Nîmes, 23 janv. 1827. Sirey. 28, 2, 189. — Cass., 12 janv. 1842. Sirey, 42, 1, 138. — Bordeaux, 13 juill., 1849. Sirey. 50, 2, 524. — 27 mai 1868. Sirey, 68, 2, 341.

(2) Merlin, Rép., v^is *Saisie immobilière*, § 6, art. 1, n° 1. — Aix, 24 fév. 1844. Sirey, 44, 2, 333. — Rouen, 13 juin 1845. Sirey, 46, 2, 77. — Cass., 5 mars 1849. Sirey, 49, 1, 646.

un principe général applicable à tous les cas où la loi exige de la part du créancier une élection de domicile, durant les poursuites qu'il intente contre son débiteur. Mais ses dispositions doivent être appliquées au cas de contrainte par corps (783, 798, C. pr.), et de saisie-brandon (634, C. pr.).

14. Si un lieu a été spécialement convenu pour le payement, le débiteur pourra-t-il signifier ses offres au domicile élu? Il le pourra encore, mais à la charge par lui de les réaliser, c'est-à-dire de consigner au lieu convenu pour le payement (1).

Il s'agit, en effet, dans ce cas, de concilier l'exercice du droit conféré par l'article 584, C. pr., avec l'exécution de la convention. Or, de même que le débiteur ne peut être frustré du bénéfice de ses dispositions, le créancier ne peut l'être non plus de celui de sa stipulation. La convention relative au lieu déterminé pour le payement doit donc recevoir son exécution, indépendamment des effets de l'élection de domicile que le créancier a été tenu de faire. Ainsi, le débiteur pourra signifier des offres au domicile élu, et, à cet égard, il use du bénéfice de l'article 584; mais il devra consigner au lieu convenu pour le payement, et, en ce point, il ne fait que se conformer à la loi du contrat. Autrement, s'il pouvait valablement payer même au domicile élu, cette faculté dont ne jouirait pas un débiteur diligent et exact, serait une sorte d'encouragement donné à l'inexactitude, à la mauvaise foi. La consignation serait donc nulle et n'arrêterait pas les poursuites, si elle avait lieu au domicile élu et ailleurs qu'à l'endroit fixé pour le payement.

Ce n'est donc pas que les offres signifiées au domicile élu aient pour effet immédiat d'arrêter les poursuites. Comme sous le rapport du lieu, elles ne sont pas satisfactoires, le créancier n'est pas tenu de les accepter. Aussi longtemps que le débiteur retardera sa consignation au lieu convenu pour le paye-

(1) Cass., 28 avril 1814. Sirey, 14, 1, 209.

ment, de son côté le créancier pourra, nonobstant ses offres, continuer les poursuites contre lui. Car ce n'est que du jour de la réalisation des offres au lieu fixé pour le payement, que le débiteur est réputé libéré, et qu'il a donné satisfaction au créancier.

En vain même essayerait-il de se soustraire à l'obligation de réaliser les offres au lieu convenu pour le payement, en offrant une indemnité supplémentaire au domicile élu. Il ne saurait violer ainsi la loi du contrat et contraindre le créancier à en subir la violation.

Quant au domicile élu dans une inscription hypothécaire, comme l'élection qui en est faite ne concerne point le fond même de la créance, mais seulement ses rapports avec la poursuite hypothécaire, il n'en résulte aucune exception au principe géneral posé par notre article, d'après lequel les offres doivent être signifiées, soit à personne, soit au domicile réel ou élu pour l'exécution de la convention. C'est donc à l'un de ces domiciles, et non au domicile élu dans l'inscription, que le créancier qui veut obtenir la subrogation légale aux droits d'un autre créancier qui lui est préférable, doit signifier ses offres réelles de payement (1).

15. De ce que l'article 1258 autorise le débiteur à signifier ses offres au lieu convenu pour le payement, ou au domicile élu pour l'exécution de l'obligation, il suit que c'est là également qu'il est autorisé à assigner le créancier en validité de ses offres. Cette demande en validité n'est elle-même que la conséquence de l'acte qui les constate (2). Si, d'après l'article 815, C. pr., les demandes en nullité ou en validité des offres ou de la consignation doivent être formées suivant les règles établies pour les demandes principales, l'application de cette disposition ne doit se faire que sans préjudice des cas exceptionnels prévus par l'article 1258, d'un lieu convenu

(1) Cass., 5 déc. 1854. Sirey, 55, 1, 282.
(2) Cass., 13 janv. 1847. Sirey, 47, 1, 844.

pour le payement ou d'un domicile élu pour l'exécution de l'obligation.

16. 7° Il faut que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes (1258), c'est-à-dire par un huissier, sans que son procès-verbal ait besoin d'être recordé de deux témoins, le Code civil ne l'exigeant point, contrairement à l'ancien usage (1). Mais il doit en laisser copie.

Les notaires ont également caractère pour dresser procès-verbal d'offres (2).

Mais si l'acte d'offres contenait en même temps citation en justice pour faire déclarer les offres valables, et ordonner la consignation et le dépot, un notaire cesserait d'être l'officier ministériel compétent. De pareils actes rentrent exclusivement dans le ministère des huissiers (3).

17. 8° Tout procès-verbal désignera, en outre, l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre; et si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et la quotité (812, C. pr.).

18. 9° Le procès-verbal fera mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé ou déclaré ne pouvoir signer (813, C. pr.).

Quand la loi dit, le créancier, elle signifie toute autre personne ayant pouvoir de recevoir pour lui.

Si l'officier ministériel chargé de faire les offres, ne trouve point au domicile réel ou élu la personne du créancier, ou la personne ayant pouvoir de recevoir pour lui, il doit se conformer aux dispositions de l'article 68, C. pr. (4).

(1) Toullier, t. 7, n° 200.

(2) Toullier, t. 7, n° 201. — Zachariæ, t. 2, p. 381, nte 4, 1re édit., et t. 4, p. 193, nte 4, 4e édit.

(3) Toullier, *ibid.*

(4) Duranton, t. 12, n° 217. — Zachariæ, t. 2, p. 382, nte 5, 1re édit., et t. 4, p. 194, nte 6, 4e édit.

Quant à ceux qui n'ont point de domicile connu en France, ou qui habitent le territoire français hors du continent, ou qui sont établis chez l'étranger, il convient également de suivre les dispositions de l'article 69, nos 8 et 9 (1).

19. Il arrive fort souvent que des offres sont faites incidemment dans le cours d'une instance, soit à l'audience même, soit en dehors de l'audience.

Si les offres sont faites en dehors de l'audience, elles ont lieu suivant les formes que nous venons d'indiquer, soit qu'elles aient lieu à la requête du débiteur lui-même envers la personne de son créancier, ou à la requête de son avoué, muni, à cet effet, d'un pouvoir spécial, envers l'avoué du créancier, qui doit lui-même avoir un pouvoir spécial pour les accepter, à peine de désaveu (352, C. pr.). Et, dans ce dernier cas, l'acte d'offres peut être régulièrement signifié dans la forme des actes d'avoué à avoué, pourvu qu'il contienne d'ailleurs les mentions essentielles exigées par la loi.

Si les offres sont faites à l'audience même, à la barre, elles sont faites par l'avoué, au nom de la partie qu'il représente, avec les formalités générales déterminées par la loi, et notamment avec exhibition effective et réelle des deniers.

Si les parties ne sont pas représentées par des avoués, le débiteur en personne fait les offres réelles. Dans tous les cas, le juge n'a qu'à en donner acte, et le jugement par lequel il en donne acte équivaut au procès-verbal qui, dans les circonstances ordinaires, serait rédigé par un officier ministériel.

Il y a mieux : le juge peut, en appréciant immédiatement la validité des offres faites, les déclarer suffisantes et satisfactoires, et ordonner, indépendamment de toute consignation, que le créancier sera tenu d'en recevoir le montant, sous peine d'être lui-même constitué en demeure (2).

(1) Zachariæ, *ibid.*
(2) Cass., 27 juin 1849. Sirey, 49, 1, 694.

Article 1259.

Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge; il suffit : 1° qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée; — 2° que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt; — 3° qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non comparution, et enfin du dépôt; — 4° que, en cas de non comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer la chose déposée.

Sommaire.

1. En cas d'acceptation des offres, l'officier ministériel paye.
2. En cas de refus, le débiteur consigne.
3. De la consignation.
4. Peu importe le délai qui la sépare des offres.
5. La consignation n'a pas besoin d'être autorisée par le juge. Des demandes en nullité ou en validité.
6. Une sommation doit précéder la consignation.
7. Dessaisissement de la somme avec les intérêts jusqu'au dépôt. Discussion.
8. Distinction rejetée.
9. En cas d'instance, le débiteur n'est pas tenu de réaliser les offres en justice.
10. L'identité des deniers offerts et déposés n'est pas exigée.
11. *Quid*, si la somme déposée est supérieure ou inférieure aux offres?
12. Une consignation partielle est nulle.
13. Procès-verbal dressé par l'officier ministériel.
14. Dénonciation du dépôt, en cas de non comparution du créancier.

15. Consignation des sommes dues par effets de commerce.
16. Ces formalités non exigées quand le débiteur ne peut payer le créancier.

COMMENTAIRE.

1. Lorsque le créancier accepte les offres, l'officier ministériel chargé de les faire n'a qu'à effectuer le payement, et à retirer quittance des mains du créancier.

2. Si le créancier refuse les offres, le débiteur peut, pour se libérer, consigner la somme ou la chose offerte, en observant les formalités prescrites par l'article 1259. Et, par refus, il faut entendre toute espèce de non acceptation, soit qu'elle résulte d'un refus formel, ou simplement du silence ou de l'absence du créancier.

3. La consignation qui doit suivre les offres, pour que le débiteur soit libéré, n'est autre chose que le dépôt de la chose offerte entre les mains d'un tiers préposé à cet effet. Cette consignation prend aussi quelquefois le nom de séquestre (1961).

Une caisse publique spéciale, destinée à recevoir les consignations de deniers, et connue sous le nom de Caisse des dépôts et consignations, a été créée par la loi du 28 avril 1816, articles 110 et 111. Son organisation et ses attributions essentielles ont été réglées par les ordonnances du 22 mai et du 3 juillet de la même année. Cette caisse est représentée à Paris par le caissier, dans les chefs-lieux de département par les receveurs généraux, et dans les arrondissements par les receveurs particuliers des finances. Ce sont ces fonctionnaires qui doivent recevoir les sommes dont les débiteurs, sur le refus de leurs créanciers, entendent, suivant leur droit, opérer la consignation.

4. Comme cette consignation est toute facultative à l'égard du débiteur, la loi ne détermine aucun délai entre elle et les offres. Quel que soit le temps qui s'écoule, elle est toujours bien venue pour libérer le débiteur, sauf au créancier le droit

de le poursuivre à ses risques et périls, suivant que les offres seront déclarées nulles ou valables.

5. Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge (1259). Mais ceci ne veut pas dire que le débiteur qui a fait les offres ne puisse préalablement, avant de consigner, en faire juger la validité, afin de ne point s'exposer à une consignation non libératoire, et de ne pas prolonger son incertitude sur le fait de sa libération.

De son côté, le créancier peut prendre lui-même l'initiative d'une demande en nullité des offres.

La demande qui pourra être intentée, soit en validité, soit en nullité des offres ou de la consignation, sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales; si elle est incidente, elle le sera par requête (815, C. pr.) (1).

Alors même que le créancier aurait demandé la nullité des offres, et que l'instance ne fût pas encore jugée, le débiteur peut consigner sans y être préalablement autorisé par le juge.

Le jugement qui déclarera les offres valables ordonnera, dans le cas où la consignation n'aurait pas encore eu lieu, que faute par le créancier d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle sera consignée; il prononcera la cessation des intérêts du jour de la réalisation (816, C. pr.).

Si la consignation avait eu lieu, le jugement aurait alors à statuer sur sa validité, ainsi que sur celle des offres.

6. Revenons aux conditions nécessaires à la validité de la consignation.

Il suffit 1° qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier (à personne, ou à domicile réel ou élu), et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée (1259). Cette sommation est un dernier appel fait à la réflexion du créancier, et une mise en demeure de se présenter pour recevoir, lorsqu'il en est temps encore.

(1) Voy. art. 1258, n° 15.

Bien que la loi ne parle que du créancier, la sommation est régulièrement faite à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui.

Elle peut même être contenue dans l'acte d'offres qui précède la consignation.

Cette sommation n'a pas besoin d'être donnée aux délais ordinaires des ajournements. Mais il faut un délai moral, suffisant pour que le créancier puisse y satifaire. A défaut de fixation légale, les juges ont le droit de l'apprécier suivant les circonstances.

7. Il suffit 2° que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt (1259).

De cette dernière partie de la disposition il résulte, bien évidemment, que les simples offres réelles n'arrêtent pas le cours des intérêts. Cependant, M. Toullier (1) veut que les intérêts cessent de courir du moment des offres réelles. Après avoir rappelé les controverses anciennes, il dit que l'article 1257 ne porte pas que la consignation précédée des offres libère le débiteur, mais les offres suivies de consignation ; d'où il conclut que ce sont les offres réelles qui libèrent le débiteur et lui tiennent lieu de payement, parce que le payement est censé effectué du moment où le créancier l'a empêché de le faire. Le débiteur, ajoute-t-il, est donc libéré avant la consignation, et, par conséquent, les intérêts ont cessé de courir.

Cette interprétation de l'article 1257 est inexacte et forcée. Lorsqu'il dit que les offres réelles suivies de la consignation libèrent le débiteur, ce n'est pas pour faire remonter rétroactivement, et par l'effet de la consignation ultérieure, la libération du débiteur jusqu'au premier moment des offres réelles ; c'est, au contraire, et seulement, pour signifier que les offres

(1) T. 7, nos 221 et suiv.

réelles non suivies de la consignation, de même que la consignation non précédée des offres, sont insuffisantes par elles-mêmes pour opérer la libération du débiteur. En exigeant la succession de ces actes, il ne fait pas de la consignation la condition des offres réelles avec effet rétroactif, quant à la libération du débiteur ; mais il en fait le complément indispensable auquel seul est attachée cette libération, qui n'est et ne peut être que le résultat du concours des offres réelles et de la consignation, se confondant dans un seul et même acte qui tient lieu de payement.

Notre interprétation se fortifie encore par cette considération, que, d'après les dernières dispositions de l'article 1257, il faut que la chose soit consignée pour qu'elle demeure aux risques du créancier. La consignation est donc nécessaire pour produire la libération du débiteur (1).

Mais comment répondre et résister aux termes si clairs et si précis de l'article 1259, qui exigent la consignation des intérêts jusqu'au jour du dépôt? M. Toullier dit qu'il y a contradiction évidente entre cette disposition et l'article 1257, soit; mais, lorsqu'il existe une contradiction, comment doit-on la résoudre? On la résout en ramenant, par une interprétation naturelle, la disposition équivoque ou obscure au sens de la disposition qui ne présente aucun doute, aucune ambiguité? Or, en admettant que le sens de l'article 1257 ne soit pas parfaitement clair, on ne peut méconnaître que l'article 1259 est formel, et qu'il échappe, par sa clarté, à toute interprétation. C'est donc à cette disposition qu'il faut conformer la première, qui s'y adapte du reste sans la moindre difficulté. M. Toullier, en faisant le contraire, en cherchant à plier le sens d'une disposition précise à celui qu'il donne arbitrairement à une autre qui lui paraît obscure et qu'il interprète à sa manière, renverse, par un effort de raisonnement, les véritables principes en matière d'interprétation.

(1) Voy. art. 1257, n° 10.

En vain prétend-il que l'article 816, C. pr., donne la solution de cette contradiction prétendue, quand il dispose que le juge, en validant les offres, ordonnera la consignation, et prononcera la cessation des intérêts du jour de la réalisation. Cette expression de réalisation, empruntée à notre ancien droit, n'a pas ici le sens d'une simple exhibition, d'une répétition d'offres réelles; elle signifie consignation, dépôt, ainsi que M. Tarrible l'a formellement déclaré dans son discours au Corps législatif. Il est donc inexact, de prétendre, par suite d'une signification attribuée par erreur à un seul mot, que l'article 816, C. pr., dise positivement que la libération du débiteur remonte au jour des offres réelles. Donnez à l'expression de réalisation le sens de consignation, de dépôt, le seul qui lui convienne aujourd'hui, et l'article 816, C. pr., dit la même chose que l'article 1259, C. civil, et il le dit avec la même précision. Nous répéterons au surplus que, y eût-il apparence de contradiction, l'ambiguité et le doute des autres dispositions devraient céder devant la précision et la clarté de l'article 1259 (1).

8. Plusieurs auteurs proposent une distinction. S'agit-il d'une consignation volontaire, qui est le cas de l'article 1259, les intérêts ne cessent de courir que du jour de la consignation. S'agit-il d'une consignation ordonnée par le juge, qui est le cas de l'article 816, C. pr., les intérêts, sans cesser de courir du jour des offres réelles, cessent cependant d'être dus à partir de leur réalisation, c'est-à-dire de leur réitération effective à l'audience, lorsque la nullité ou la validité des offres a été demandée en justice, et qu'aucune consignation n'a eu lieu antérieurement (2).

On remarquera d'abord que cette distinction repousse elle-

(1) Duranton, t. 12, n° 225. — Delvincourt, t. 2, p. 760. — Zachariæ, t. 2, p. 385, n^te 23, 1re édit., et t. 4, p. 197, n^te 25, 4e édit.

(2) Merlin, Rép., v° *Intérêts*, § 7, n° 4. — Pigeau, t. 2, p. 503. — Pailliet, art. 1257.

même l'opinion de M. Toullier; car elle ne fait point cesser les intérêts, dans le cas même où elle les arrête avant la consignation, du jour des offres réelles, comme le fait cet auteur, qui d'ailleurs est sur ce point resté isolé parmi les commentateurs du Code civil.

Mais cette distinction, pour être appréciée, mérite quelques observations préliminaires. Dans les usages de notre ancienne jurisprudence, le débiteur ne pouvait, comme aujourd'hui, consigner sur le seul refus du créancier, et sans ordonnance du juge. On faisait donc assigner le créancier qui avait refusé les offres, à comparaître à l'audience, pour y voir réaliser les offres, c'est-à-dire renouveler à la barre la représentation effective de la somme offerte à deniers découverts. Cette réitération des offres réelles à l'audience s'appelait réalisation; et, sur cette réalisation, le juge ordonnait la consignation des offres.

Il s'agit maintenant de savoir si l'article 816, C. pr., a employé ce mot de réalisation dans le sens qu'il avait autrefois, ou bien, au contraire, s'il ne l'a pas pris dans le sens d'un dépôt, d'une consignation.

Il n'existe dans nos Codes aucune forme de cette ancienne procédure. Elle a été virtuellement proscrite par les dispositions de l'article 1259, suivant lesquelles il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge. Lors de la rédaction du Code de procédure, le législateur a expressément renouvelé cette proscription des formes anciennes. Les rédacteurs du projet avaient introduit une disposition ainsi conçue : « En cas de refus, le débiteur pourra, en vertu de permission du juge, assigner à bref délai, à fin de réalisation, à l'audience, sans qu'il soit besoin de citer en conciliation; et si les offres sont incidentes à une instance déjà pendante, la réalisation sera poursuivie sur un simple acte d'avoué. » Cette disposition, adoptée par le conseil d'État, fut définitivement écartée, sur les observations du tribunat, que cette réalisation n'entraînait que des frais sans aucun but d'uti-

lité, et que c'est la consignation seule qui libère le débiteur, conformément à l'article 1257. Le législateur du Code de procédure a donc entendu ne rien modifier des dispositions du Code civil.

Maintenant, que dans le conflit entre les anciennes formes et les formes plus simples que l'on se proposait d'introduire; que dans les discussions du projet de loi, les remaniements et les corrections du projet primitif, il ait échappé quelques expressions équivoques qui semblent autoriser la distinction que nous repoussons, en faut-il conclure que le législateur ait voulu revenir sur la pensée fondamentale qu'il avait exprimée de proscrire l'usage ancien de la réalisation, et de conserver la simplicité de formes consacrée par le Code civil? Est-il raisonnable de fonder sur un seul mot, emprunté au vocabulaire d'une procédure abolie, une aussi grave modification au principe posé par l'article 1259?

On ne doit pas arbitrairement, et par l'effort d'une interprétation subtile, supposer une contradiction dans les lois, alors même qu'on se charge de les concilier par une distinction que l'esprit de la loi repousse, non moins que son texte. Un seul mot ne saurait être pris pour la révélation de la véritable pensée du législateur, surtout quand la conclusion que l'on en tire est en contradiction formelle avec l'intention que précédemment il avait manifestée. En résumé, la distinction proposée est inadmissible, parce qu'elle se fonde sur la supposition d'une procédure aujourd'hui abrogée, et sur l'interprétation erronée du mot, réalisation, dont M. Tarrible, dans son rapport au Corps législatif, a eu raison de fixer le sens, en disant qu'il n'exprimait qu'un dépôt, une consignation.

D'ailleurs, sur quel motif spécieux d'équité se fonderait cette distinction? Si la consignation, pour être valable, avait besoin d'être autorisée par le juge, on comprendrait que la réalisation des offres à l'audience eût pour résultat de faire cesser le cours des intérêts, parce qu'elle équivaudrait à un véritable dessaisissement, et que le débiteur ne devrait pas souffrir dommage

de l'injuste refus du créancier. Mais il peut, immédiatement après les offres, consigner la somme ou la chose offerte, nonobstant même toutes demandes en nullité ou en validité qui peuvent survenir ou sont actuellement pendantes. Il n'y a donc aucune raison plausible pour établir cette distinction entre le cas d'une consignation volontaire, et celui d'une consignation ordonnée par le juge. Les intérêts ne cesseront ainsi de courir, dans tous les cas, que du jour de la consignation (1).

9. Comme corollaire, nous ajoutons que le débiteur n'est pas tenu de répéter ses offres à la barre, à deniers découverts, sur l'instance en nullité ou en validité. Il suffit du procès-verbal d'offres pour qu'il puisse valablement consigner, après comme avant le jugement.

10. S'agissant de deniers, la somme consignée doit-elle, à peine de nullité de la consignation, être identiquement en espèces et en valeur la même que celle qui a été offerte?

Quant à l'identité d'espèces, nous ne croyons pas que la loi l'exige. Elle veut bien (812, C. pr.) que tout procès-verbal d'offres désigne l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre, et que, si ce sont des espèces, il en contienne l'énumération et la qualité. Mais le seul cas où elle entende prévenir et empêcher toute substitution d'un objet à un autre, est celui où il s'agit d'une chose autre qu'une somme d'argent. Car c'est le seul où une substitution puisse être dommageable au créancier. L'article 1259 dit encore que le débiteur doit se dessaisir de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué. Mais lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, la chose offerte consiste uniquement dans cette somme, et non dans les espèces particulières qui la composent. Consigner une somme égale, c'est donc consigner la chose offerte.

(1) Delvincourt, Duranton, *ibid.* — Zachariæ, t. 2, p. 386, n^te 25, 1re édit., et t. 4, p. 198, n^te 26, 4e édit. — Chauveau, sur Carré, *Quest.* 2792. — Bordeaux, 16 janv. 1833. Sirey, 33, 2, 180.

11. Mais si la somme consignée était supérieure ou inférieure à la somme offerte, la consignation serait-elle nulle?

Si elle est supérieure, nous ne voyons pas quel intérêt le créancier pourrait avoir à en demander la nullité. Il est vrai de dire que, le plus contenant le moins, la somme offerte a été réellement consignée.

Si la consignation est inférieure aux offres, pourvu, toutefois, que la somme consignée soit suffisante pour désintéresser le créancier, nous ne croyons pas non plus que, dans ce cas, la consignation soit nulle (1). En effet, du moment que, sur une instance en nullité ou en validité des offres et de la consignation, il est reconnu que la somme consignée est suffisante, le créancier n'a aucun intérêt à se plaindre de la réduction qu'elle a subie. Si, dans un pareil cas, les offres et la consignation sont déclarées nulles, ce ne sera pas parce que la somme consignée aura été réduite, mais parce que les offres réelles auront été exagérées. Leur exagération peut, en effet, ainsi que nous l'avons dit plus haut (2), être une cause de nullité. Mais si cette exagération ne les rend pas nulles par elle-même, la réduction de la somme consignée à la mesure de la somme réellement due nous paraît insuffisante pour faire annuler la consignation.

Quant à l'arrêt de Rennes du 28 avril 1813, cité par les annotateurs de M. Zachariæ, il a été rendu dans une espèce où le débiteur avait consigné seulement ce qui était échu, après avoir offert la totalité de la dette. Or, par ces offres, il était censé avoir renoncé au bénéfice du terme, pour tout ce qui n'était pas encore exigible. Sa consignation était, dès lors, insuffisante. Et que l'on n'oublie pas que, dans notre opinion, nous supposons une consignation suffisante pour désintéresser le créancier; ce qui est bien différent.

12. Mais, comme le payement est indivisible, la consignation

(1) Voy. cep. Zachariæ, t. 2, p. 383, nte 13, 1re édit.
(2) Art. 1258, no 8.

de partie est nulle, et n'arrête pas les intérêts, même pour la partie consignée (1).

13. Il faut 3° qu'il y ait un procès-verbal, dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non comparution, et enfin du dépôt (1259). Ce refus du créancier ou sa non comparution s'entendent évidemment de son refus ou de sa non comparution à la consignation. C'est ce qui résulte de l'ensemble de notre article (2).

Quand la loi dit l'officier ministériel, elle ne veut pas indiquer spécialement l'officier ministériel qui a fait les offres réelles ou la sommation qui précède la consignation. Le procès-verbal de consignation peut être rédigé par tout officier ministériel ayant qualité pour faire les offres, de telle sorte que les offres peuvent être faites par l'un, et le procès-verbal de consignation par un autre.

Mais la consignation serait nulle si elle était constatée seulement par le préposé à la caisse des consignations (3).

14. Il faut 4° qu'en cas de non comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié, avec sommation de retirer la chose déposée (1259).

La loi ne fixant aucun délai pour faire cette signification, le débiteur est toujours à temps de la faire. Et alors même que le procès-verbal de consignation n'a pas été signifié au créancier, la chose consignée n'en demeure pas moins à ses risques, conformément à l'article 1257 (4).

Telles sont les formalités nécessaires pour la validité de la consignation. Il faut seulement remarquer que si la consigna-

(1) L. 41, § 1, *ff. De usuris.* — POTHIER, *Oblig.*, n° 498.
(2) MARCADÉ, art. 1259, n° 2.
(3) TOULLIER, t. 7, n° 210.
(4) ZACHARIÆ, t. 2, p. 386, n^te^ 25, 1re édit., et t. 4, p. 199, 4e édit. — *Contrà*, DELVINCOURT, t. 2, p. 760.

tion seule est nulle, le débiteur peut la refaire sur les offres antérieures régulièrement faites.

15. La consignation des sommes dues en vertu d'effets négociables n'est point assujettie à d'aussi nombreuses formalités. D'après la loi du 6 thermidor an III, toujours en vigueur, lorsque le porteur d'un effet négociable ne se présente pas dans les trois jours de l'échéance, le débiteur est autorisé, sans qu'il soit besoin d'offres préalables, à consigner la somme due dans la caisse de l'arrondissement où l'effet est payable. Le dépôt consommé, le débiteur ne sera tenu que de remettre l'acte de dépôt en échange du billet. La nature même de ces créances exigeait une pareille exception.

16. Les formalités que l'article 1259 exige pour la validité de la consignation volontaire, précédée d'offres réelles, ne sont pas applicables aux divers cas où un débiteur, ne pouvant valablement payer entre les mains de son créancier, est autorisé à consigner le montant de sa dette. Tel est le débiteur frappé de saisie-arrêt ou d'opposition (1242); l'acquéreur qui est troublé ou a juste sujet de le craindre, et est, en conséquence, autorisé à suspendre le payement (1653); le tiers détenteur qui veut purger les hypothèques (2186); l'acquéreur d'un immeuble saisi et vendu après la transcription de la saisie (687, C. pr.); l'officier public qui a procédé à la vente en cas de saisie exécution (657, C. pr.). Dans aucun de ces cas et autres semblables, le débiteur n'est tenu de faire des offres réelles préalables. De pareilles offres seraient inutiles et frustratoires; car le créancier, ni ses créanciers personnels ne peuvent valablement accepter ni recevoir quant à présent. A quoi bon, dès lors, signifier des offres qui n'aboutissent pas seulement à un refus obligé, mais encore à une impossibilité de payement (1)?

Par la même raison, il est inutile de faire précéder la consignation d'une sommation signifiée aux parties intéressées,

(1) *Contrà,* Paris, 24 déc. 1853. SIREY, 56, 2, 503.

et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la somme sera consignée.

A plus forte raison même n'est-il pas exigé que le débiteur obtienne préalablement un jugement qui ordonne ou autorise la consignation. L'article 1259 l'affranchit de cette formalité, et l'article 817, C. pr., en disposant que la consignation volontaire ou ordonnée sera toujours à la charge des oppositions, suppose, par cela même, qu'en cas d'oppositions la consignation peut être volontaire, et que sa validité n'est pas subordonnée à une autorisation préalable de la justice.

Toutes les formalités se résument donc à ceci : consigner.

Quant à la dénonciation de la consignation aux créanciers, nous ne croyons même pas qu'elle soit indispensable pour opérer la libération du débiteur et faire cesser le cours des intérêts. Aux termes de l'article 1257, la consignation, précédée d'offres réelles, libère le débiteur et lui tient lieu de payement. Or, dans notre hypothèse, les offres étant inutiles, la consignation doit suffire pour opérer sa libération. Elle n'en existe pas moins, signifiée ou non; et si l'on conçoit l'utilité de cette signification, quand il s'agit de créanciers qui peuvent prendre immédiatement la somme consignée, on ne la comprend plus lorsqu'il s'agit de parties qui ne peuvent rien toucher qu'après avoir rempli préalablement certaines conditions indispensables pour l'exercice de leurs droits.

Toutefois, faute par le débiteur d'avoir dénoncé la consignation, il s'expose à payer les frais de la demande que les créanciers peuvent diriger contre lui, dans l'ignorance du dépôt. Ainsi encore, en cas de vente d'un immeuble saisi, après la transcription de la saisie réelle, l'article 687, C. pr., exige formellement la signification de l'acte de consignation, avant le jour fixé pour l'adjudication.

Le débiteur n'est pas tenu, enfin, d'assigner les créanciers en validité de la consignation. Il n'y est pas obligé même dans les cas ordinaires; comment le serait-il dans l'hypothèse actuelle?

En réduisant toute la procédure à un simple acte de consignation de la part du débiteur, nous n'entendons pas proscrire, comme invalidant la consignation, les formalités plus compliquées et plus nombreuses des articles 1258 et 1259. Ainsi, le débiteur pourra faire des offres réelles, sous la condition que le créancier donnera ou procurera mainlevée de l'obstacle qui s'oppose au payement. Il pourra ensuite sommer, consigner, faire dresser procès-verbal, dénoncer la consignation, et enfin poursuivre un jugement de validité. Cette procédure n'a sans doute rien que de très légal; mais la loi ne l'exigeant point, et ne pouvant même l'exiger sous peine de nullité, nous nous contentons du seul acte qu'elle prescrit, c'est-à-dire d'une consignation que le débiteur effectue seul et directement.

Nous observerons seulement que, abondance de formes ne nuisant point, il sera quelquefois prudent, pour éviter toute contestation, sinon d'accomplir toutes les formalités des articles 1258 et 1259, du moins d'en remplir les plus importantes, telles que la sommation préalable et la dénonciation du dépôt (1).

Le débiteur pourrait encore, pour sa plus grande garantie, sommer préalablement le créancier d'avoir à comparaître tel jour, à telle heure, en l'étude de tel notaire, pour y recevoir la somme due et en donner quittance, après mainlevée de l'obstacle, protestant qu'à défaut de ce il sera, de sa part, procédé à la consignation.

Quant aux frais exposés dans l'accomplissement des formalités particulières, qui ne nous semblent pas rigoureusement exigées pour la validité de la consignation, les tribunaux n'au-

(1) Voy. Tarrible, Rép. de Merlin, v° *Transcript.*, § 7. — Grenier, *Hyp.*, t. 2, n° 463. — Troplong, *Hyp.*, n° 958 *quater*. — Toullier, t. 7, n°s 214 et suiv. — Bordeaux, 22 juin 1836. Sirey, 37, 2, 12. — Amiens, 20 fév. 1840. Sirey, 42, 2, 118. — Riom, 4 mai 1852. Sirey, 52, 2, 624. — Orléans, 2 mai 1854. Sirey, 54, 2, 576. — 17 janv. 1854. Sirey, 56, 2, 500. — Besançon, 23 déc. 1856. Sirey, 57, 2, 351. — Cass., 24 juin 1857. Sirey, 58, 1, 120.

ront qu'à apprécier les circonstances et les faits de la cause, pour les mettre à la charge de celle des parties qui, par sa conduite, les aura injustement occasionnés ou provoqués. Ils pourront, par exemple, être laissés, comme frustratoires, à la charge du débiteur (1).

Bien que cette espèce de consignation ne doive pas, à peine de nullité, être précédée d'offres réelles, néanmoins elle ne vaut que tout autant qu'elle a été faite de la totalité de la somme due et actuellement exigible. Si elle n'était que partielle, elle ne tiendrait pas lieu de payement; car le payement doit se faire d'une manière indivisible.

Nous ajouterons, en ce qui concerne l'adjudicataire sur expropriation forcée ou tout autre acquéreur qui veut obtenir, par la voie de la consignation, la libération définitive de tous priviléges et hypothèques, que la loi du 21 mai 1858, qui a modifié le Code de procédure, a consacré les principes que nous venons de développer. L'article 777 l'autorise à consigner son prix et les intérêts échus, sans qu'il soit besoin de faire des offres réelles préalables. Il organise en outre avec détails une procédure particulière, afin de faire statuer, par voie de contredits à l'ordre, sur la validité ou la nullité de la consignation.

Article 1260.

Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables.

Sommaire.

1. A la charge de qui sont les frais des offres en cas d'acceptation?
2. Ou en cas de refus? Ce que comprennent ces frais.
3. Observation en matière de plus-pétition.

(1) Orléans, 17 janv. 1854. Sirey, 56, 2, 500.

COMMENTAIRE.

1. Lorsque le créancier accepte les offres, les frais en demeurent à sa charge (1), du moins dans tous les cas où sa conduite antérieure, que les juges doivent apprécier, les a rendus nécessaires ou opportuns, à moins que par malice, ou par mauvaise humeur, le débiteur ne les lui ait fait signifier que pour lui causer des désagréments.

Les frais des offres sont, en effet, distincts des frais de payement que l'article 1248 met à la charge du débiteur. Loin d'être la conséquence de l'obligation, ils résultent, au contraire, du fait seul du créancier, quand les offres sont justifiées par les circonstances. Il est alors tout naturel que ce dernier en supporte les dépens.

2. Lorsque le créancier refuse, les frais des offres réelles et de la consignation sont également à sa charge, si elles sont valables (1260). C'est une conséquence de sa faute personnelle. Mais le débiteur ne peut en retenir le montant par prélèvement sur la somme offerte, puisqu'il doit, pour la validité des offres et de la consignation, s'en dessaisir en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi (1259, n° 2).

Les frais des offres et de consignation comprennent le coût des actes, du dépôt, et même les déboursés du créancier pour le transport et la remise de la chose offerte.

Quant aux dépens de l'instance en nullité ou en validité, ils sont supportés par le plaideur téméraire, conformément aux règles générales du droit (130, 525, C. pr.).

Mais les frais ordinaires de payement doivent, dans tous les cas, être supportés par le débiteur, en vertu de l'article 1248; tels sont, par exemple, les frais de quittance. Si la signification

(1) ZACHARIÆ, t. 2, p. 382, 1re édit., et t. 4, p. 195, nte 11, 4e édit. — DELVINCOURT, t. 2, p. 763. — MARCADÉ, art. 1260, n° 2. — *Contrà*, TOULLIER, t. 7, nos 203 et 219. — DURANTON, t. 12, n° 224.

d'un acte d'offres reconnues valables ne peut lui nuire, elle ne peut non plus lui profiter.

3. Notre ancienne jurisprudence n'a jamais admis, même en pays de droit écrit, les dispositions de la loi romaine en matière de plus-pétition, à l'exception de certaines matières de rigueur, telles que la saisie, où le poursuivant était déclaré déchu avec dépens (1). Cette exception, qui du reste était particulière à certaines coutumes, n'existe plus sous notre législation moderne.

Le débiteur poursuivi pour plus qu'il ne doit, ne peut faire rejeter ou annuler pour le tout la demande, sous prétexte de plus-pétition. Il ne peut que la faire restreindre.

Il doit même, faute par lui d'avoir fait des offres suffisantes, être condamné à tous les dépens. Mais les juges pourraient les compenser ou les distribuer inégalement entre les parties, suivant les circonstances, par exemple, suivant l'exagération de la demande, le caractère de la défense, la nature des contestations, et les moyens respectivement allégués.

Article 1261.

Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et, s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

Sommaire.

1. Quand le débiteur peut-il retirer sa consignation?
2. Des oppositions formées, soit par les créanciers du débiteur, soit par ceux du créancier.

COMMENTAIRE.

1. Tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier, elle ne vaut que comme simple proposition unilatérale

(1) Voy. La Rochelle, art. 28. — Lille, art. 214. — Cambrai, tit. 25, art. 66. — Tournai, tit. 9, art. 4.

de payement. Le débiteur peut donc la retirer, et, s'il la retire, ses codébiteurs et ses cautions ne sont point libérés (1261).

Les hypothèques elles-mêmes continuent d'exister, comme si jamais il n'y avait eu ni offres réelles, ni consignation. Comme elles sont alors réputées non avenues, l'obligation n'a jamais été éteinte, et elle subsiste telle qu'elle était dans le principe.

Mais aussitôt que le créancier a accepté la consignation, la dette est éteinte.

Les codébiteurs et cautions ne peuvent même s'opposer à ce que le débiteur retire sa consignation ; ils n'ont que le droit de poursuivre leur décharge envers lui (1).

2. Mais, de ce que le débiteur peut retirer sa consignation, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier, il n'en faut point conclure, avec M. Duranton (2), que ses propres créanciers puissent former opposition sur la somme consignée, entre les mains du dépositaire, au préjudice de l'acceptation ultérieure du créancier à qui les offres ont été faites.

Ces autres créanciers ne peuvent, en effet, au lieu et place de leur débiteur, retirer la consignation, ni annuler, malgré lui, les effets libératoires que la loi attache à son dessaisissement, du moment qu'il l'a effectué et qu'il y persiste. Ce droit n'est pas de ceux que l'article 1166 les autorise à exercer de son chef. Le retrait de la consignation est un acte de pure volonté, qui n'appartient qu'à lui. Les oppositions formées par ses créanciers personnels n'auront donc de valeur que dans le cas où il voudrait demander le remboursement de sa consignation.

Mais les créanciers du créancier peuvent former oppositions sur la chose consignée ; et ces oppositions valent en même temps, contre le créancier qui ne peut recevoir à leur préjudice, et envers le débiteur qui a consigné, comme acceptation

(1) Duranton, t. 12, n° 232.
(2) T. 12, nos 237 et suiv.

de la consignation à due concurrence des causes de leurs saisies. Le débiteur ne peut, dès lors, la retirer, que pour ce qui excède les causes des oppositions.

Article 1262.

Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

Sommaire.

1. Effet du jugement passé en force de chose jugée qui valide la consignation.

COMMENTAIRE.

1. La dette est également éteinte lorsque le débiteur a obtenu un jugement passé en force de chose jugée, c'est-à-dire qui n'est susceptible, ni d'opposition, ni d'appel, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables.

Et il importe peu que ce jugement ait été rendu sur une demande en validité formée par le débiteur, ou sur une demande en nullité formée par le créancier. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y a entre les parties contrat judiciaire formé.

Dès lors le débiteur ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs et de ses cautions (1262). L'obligation définitivement éteinte ne peut revivre de manière à ressusciter leurs obligations accessoires (1).

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 545.

ARTICLE 1263.

Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée ne peut plus, pour le payement de sa créance, exercer les priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés; il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.

Sommaire.

1. L'article 1263 s'applique au cas d'acceptation par le créancier.
2. Cette acceptation peut être expresse ou tacite.
3. Fraude possible de la part du débiteur.

COMMENTAIRE.

1. Lorsque le créancier a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, il a sans doute le débiteur pour obligé. Mais comme l'obligation une fois éteinte ne peut revivre au préjudice des tiers, il ne peut plus exercer, pour le payement de sa créance, les priviléges et hypothèques qui y étaient attachés. Il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque (1263). L'obligation qui résulte du retrait de la consignation est ainsi, à l'égard des tiers, une obligation entièrement nouvelle.

L'article 1263 ne parle que du cas où un jugement passé en force de chose jugée a déclaré les offres et la consignation bonnes et valables. Ses dispositions doivent, cependant, être également appliquées lorsque le débiteur a retiré la consigna-

tion, du consentement du créancier, après que ce dernier l'avait acceptée.

2. Cette acceptation de la part du créancier n'est soumise à aucune forme spéciale. Elle peut être même tacite, et résulter de circonstances telles qu'il soit bien établi que, à la connaissance du débiteur, le créancier a accepté la consignation.

3. Ceux qui retirent leurs fonds ne sont soumis à aucune autre condition que celle de remettre la reconnaissance de la caisse, et de signer la quittance (1), à moins que la consignation n'ait été accompagnée ou suivie d'une acceptation ou d'une opposition dûment signifiée au préposé à la caisse (2). Et, dans ce cas, le remboursement ne peut s'effectuer qu'à la vue et sur la remise d'un jugement ou d'un acte notarié contenant le consentement des tiers acceptants ou opposants.

Il en résulte qu'il est très facile au débiteur qui a opéré la consignation de faire fraude au créancier, lorsque celui-ci n'a pas eu la précaution de faire signifier au receveur de la caisse, son acceptation des offres et de la consignation, ou le jugement passé en force de chose jugée qui les déclare bonnes et valables. Le débiteur peut, en effet, retirer frauduleusement la consignation, et la caisse se trouve ainsi valablement libérée.

Ce n'est pas, cependant, que, dans ce cas, la dette ne soit également réputée éteinte, nonobstant le retrait frauduleux de la consignation. Les cautions et les codébiteurs sont déchargés, les hypothèques et les priviléges éteints, comme si le créancier avait consenti lui-même que la consignation fût rétirée. Il doit, en effet, s'imputer de ne pas avoir notifié à la caisse son acceptation de la consignation, ou le jugement qui la déclare valable (3).

(1) Ordonn. du 3 juill. 1816, art. 6.

(2) Avis du conseil d'État, du 16 mai 1810.

(3) Toullier, t. 7, n° 234. — Zachariæ, t. 2, p. 387, n^te 34, 1re édit., et t. 4, p. 200, n^te 35, 4e édit.

Article 1264.

Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu.

Sommaire.

1. Des offres, lorsqu'il s'agit d'un corps certain.
2. La sommation peut être remplacée par tout acte de mise en demeure.
3. Formalités comparées.
4. La permission du juge peut être demandée par le débiteur seul et directement.
5. Disposition de la loi romaine.
6. Il suffit que le débiteur ait intérêt à se libérer.
7. Ce dépôt s'appelle séquestre judiciaire.
8. Application de l'article 1264 aux immeubles.
9. Des offres, lorsqu'il s'agit de faire ou de ne pas faire.
10. Effets des offres simplement verbales.

COMMENTAIRE.

1. Jusqu'à présent, nous nous sommes plus particulièrement occupé des offres réelles et de la consignation d'une somme d'argent, du moins en ce qui concerne les formes de la procédure. Nous allons maintenant nous occuper, sous le même rapport, des offres et du dépôt de la chose due, lorsqu'elle consiste en toute autre chose qu'une somme de deniers.

Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créan-

cier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention (1264). Cette sommation tient lieu d'offre de payement (1).

Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu (1264).

Si le corps certain qui forme l'obligation doit être livré dans un lieu autre que celui où il se trouve, le débiteur doit commencer par le transférer dans le lieu où il doit être livré; et cette translation une fois opérée, il n'a qu'à procéder conformément aux dispositions de l'article 1264.

Il peut même régulièrement commencer par sommer le débiteur d'en prendre livraison, avant toute translation au lieu de la délivrance, mais à la charge par lui de s'engager expressément à en effectuer la translation en temps et lieu convenables.

Si l'objet de l'obligation n'est pas un corps certain, et qu'il ne soit déterminé que quant à son espèce, comme un cheval, dix hectolitres de blé, le débiteur doit, dans la sommation qu'il est tenu d'adresser au créancier, déterminer l'objet qu'il se propose de livrer, de manière à en faire un corps certain. Dès lors, cette détermination une fois faite, il n'a plus qu'à se conformer aux autres dispositions de l'article 1264 (2).

S'il s'agissait d'une dette alternative, au choix du créancier, le débiteur n'aurait qu'à le sommer de choisir et d'enlever. Et, sur son refus, il n'aurait qu'à le citer en justice pour faire ordonner que, faute par lui d'avoir opéré son choix, ce choix sera fait en son lieu et place par le juge ou par telle personne qui en sera chargée, et que la chose ainsi choisie sera déposée en tel lieu (3).

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 512.
(2) DURANTON, t. 12, n° 221. — TOULLIER, t. 7, n° 212.
(3) Voy. art. 1191, n°s 7 et suiv.

2. La sommation à fin de prise de délivrance que le débiteur doit adresser au créancier, n'a d'autre but que de le constituer en demeure. Tout acte équivalent, et par lequel le retard est constaté, remplace régulièrement cette sommation.

Nonobstant les termes de l'article 1264, nous croyons qu'une citation en conciliation, un ajournement en justice, sans sommation préalable, seraient des actes suffisants. Car ils constituent régulièrement le débiteur en demeure de prendre délivrance. A quoi bon multiplier les actes de poursuites? Ces expressions de sommation faite veulent dire seulement, après mise en demeure. Il suffit donc d'une constatation du retard, quelle qu'elle soit. Or, le créancier cité en conciliation, assigné en justice et qui refuse de prendre livraison est évidemment mis en demeure, aussi incontestablement que s'il avait été préalablement sommé.

Le seul inconvénient auquel le débiteur s'expose en procédant immédiatement et directement par citation en justice, c'est de payer les frais de la poursuite, comme frustratoires, si, sans difficulté et sans contestation antérieure, le créancier s'empresse de prendre livraison de la chose offerte. Les juges ont alors à apprécier les circonstances qui peuvent justifier la légitimité et l'opportunité de la poursuite.

3. En comparant les formalités prescrites lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, à celles qui sont déterminées pour le cas où il s'agit d'un corps certain, on voit que les offres réelles sont remplacées par une sommation ou tout autre acte équivalent, qui constitue le créancier en demeure de prendre livraison de la chose due; que la consignation n'a lieu qu'après permission du juge; que c'est enfin à la justice qu'il appartient de déterminer le lieu du dépôt.

Quant à la sommation d'assister au dépôt, la loi ne l'exigeant point, elle n'est pas nécessaire (1), à peine de nullité, quand

(1) Voy. ccp. TOULLIER, t. 7, n° 212.

même le dépôt aurait été autorisé par jugement contradictoire.

Comme l'article 1264 n'exige pas non plus la dénonciation du dépôt au créancier, nous ne la croyons pas également indispensable. Elle ne serait, en effet, que d'une très médiocre utilité, puisque le débiteur sera, dans tous les cas, tenu de la faire connaître lorsqu'il sera poursuivi en payement (1). Il serait tout au plus exposé à payer personnellement les frais de la demande, si le créancier l'a intentée de bonne foi, dans l'ignorance du dépôt.

Mais, nous le répétons, abondance de formes ne nuit pas.

4. Pour obtenir la permission de déposer la chose due, il n'est pas nécessaire que le débiteur engage une instance judiciaire contradictoirement avec le créancier. Il suffit qu'après sommation préalable d'enlever la chose, il s'adressse seul et directement au juge pour obtenir de lui l'autorisation de la mettre en dépôt dans le lieu qu'il indiquera, sauf au créancier le droit de contester plus tard, s'il s'y croit fondé. Les termes de l'article 1264 légitiment eux-mêmes cette procédure. Le débiteur pourra obtenir la permission; ces expressions ne supposent pas nécessairement une instance contradictoire.

Le juge à qui cette permission doit être demandée est le juge de paix, le président du tribunal civil ou du tribunal de commerce, dans les limites de la compétence particulière de ces différentes judicictions, quant à la demande en délivrance elle-même.

Cette permission peut être demandée incidemment à une instance, en tout état de cause. Alors elle est accordée par le juge saisi contradictoirement avec le créancier.

5. La loi romaine était plus expéditive. Lorsque, par exemple, celui qui avait acheté du vin en tonneau négligeait d'en prendre livraison au terme fixé ou réputé fixé pour le retire-

(1) Voy. cep. Duranton, t. 12, n° 220.

ment, et que le vendeur avait besoin des tonneaux, il était autorisé à répandre le vin, toutefois après avoir sommé l'acheteur de prendre livraison et l'avoir avisé que, à défaut de retirement, le vin serait répandu. C'était ce qu'on appelait *per corbem mensuram facere*, faire la mesure au crible (1). Mais Ulpien cite avec raison comme digne d'éloges, le vendeur qui n'use pas de ce droit rigoureux.

La loi nouvelle n'autorise point de pareilles voies de fait, à moins que les parties n'en aient fait l'objet d'une clause pénale particulière. Mais le débiteur pourra obtenir des dommages et intérêts, suivant les circonstances.

6. Il semble résulter des termes de l'article 1264, que le débiteur n'est autorisé à demander au juge la permission de mettre la chose en dépôt, que lorsqu'il a besoin du lieu dans lequel elle est placée. Cette expression de besoin ne doit pas être prise au pied de la lettre. Elle signifie seulement que le débiteur doit avoir un intérêt juridiquement appréciable, quel qu'il soit, à se libérer par la consignation de la chose. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la cause de la libération est favorable, et qu'il ne convient pas d'entraver par des restrictions plus ou moins arbitraires l'exercice même rigoureux d'un droit.

7. Ce dépôt des choses qu'un débiteur offre pour sa libération a un nom particulier dans la langue du droit. C'est le séquestre judiciaire (1961). La justice qui est appelée à l'autoriser a un pouvoir discrétionnaire, soit pour l'ordonner, soit pour en régler le mode et les conditions.

Ce séquestre est donné, soit à une personne dont les parties intéressées sont convenues, soit à une personne nommée d'office par le juge (1963).

8. Par ses expressions littérales, l'article 1264 n'est spécia-

(1) L. 1, § 3 et 4, *ff. De per. et comm. rei. vend.*

lement applicable qu'aux choses mobilières. Mais il n'est que la conséquence d'un principe général qui en rend l'application nécessaire, même aux immeubles. Le débiteur a, en effet, un égal intérêt à se libérer par la tradition des choses immobilières qu'il a promises. Aussi, l'article 1961 dit-il, sans distinction, que la justice peut ordonner le séquestre des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. D'ailleurs, comme elle peut ordonner le séquestre d'un immeuble dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes (1961), cette disposition suffirait seule pour autoriser le débiteur à demander le séquestre de l'immeuble qu'il doit livrer et dont il offre la tradition.

9. Quant aux obligations de faire ou de ne pas faire, par leur nature même elles échappent à des offres réelles. Elles ne sont susceptibles que d'offres verbales. Mais si ces offres verbales ne peuvent tenir lieu de la prestation due, l'intention ne pouvant être ici réputée pour le fait, elles auront du moins pour effet de décharger le débiteur de toutes les conséquences de son retard et de sa mise en demeure, ou de mettre à la charge du créancier, à partir de leur notification, les frais de poursuites qui sont dès lors illégitimes et inopportunes.

10. Dans le cas même où l'objet de l'obligation est susceptible d'offres réelles, de simples offres verbales, quoiqu'elles ne puissent aboutir à une consignation ou à un dépôt régulier, peuvent néanmoins, si elles sont reconnues suffisantes et fondées, autoriser les juges à condamner le créancier aux frais de la contestation qu'il aurait plus tard, et nonobstant ces offres, témérairement élevée. Il a eu tort, en effet, de ne pas y acquiescer et de contester sans fondement.

§ V. *De la cession de biens.*

Article 1265.

La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes.

Sommaire.

1. De la condition des *nexi* à Rome.
2. Des droits du créancier sur le débiteur, d'après la loi des Douze-Tables.
3. Origine de la distinction de la personne et des biens.
4. Introduction du bénéfice de cession de biens.
5. Ce que c'est.
6. Pourquoi le paragraphe de la cession de biens est placé sous le titre du payement.

COMMENTAIRE.

1. Si l'on veut connaître la malheureuse et dure condition des débiteurs dans l'antiquité, il faut lire la savante préface que M. Troplong a mise en tête de son commentaire sur la contrainte par corps. Pour nous, nous devons nous borner à indiquer ici fort succintement l'origine de la cession de biens.

A Rome, le débiteur s'engageait, par contrat solennel, appelé *nexum*, lequel se formait *per æs et libram*, envers son créancier, à lui donner son travail, jusqu'à parfait payement de la dette. Le débiteur ainsi obligé s'appelait *nexus*. Sans cesser d'être libre, il était cependant, en quelque sorte, esclave, *in servitute*, par suite de l'obligation qui lui était imposée de travailler pour son créancier, jusqu'à ce qu'il l'eût complètement désintéressé en principal et accessoires.

2. Lorsque le débiteur ne voulait pas s'engager par le *nexum*,

le créancier avait contre lui une action qui commençait par la *manûs injectio*, une appréhension manuelle de la personne, et aboutissait à *l'addictio*, c'est-à-dire l'adjudication prononcée *in jure* de la personne même du débiteur, qui entrait ainsi dans le domaine quiritaire du créancier. La loi des Douze-Tables en contient tout à la fois le principe, l'application et la procédure.

Lorsque le débiteur avait avoué la dette, ou avait été condamné à la payer, un délai de trente jours lui était accordé pour se libérer. A défaut de payement dans ce délai, le créancier le saisissait en mettant la main sur lui, *manum injiciendo*, et le conduisait en cet état d'arrestation, qui était plutôt une citation en justice solennelle et significative, devant le prêteur, qui en prononçait l'addiction, et en transmettait en quelque sorte la propriété à son créancier.

Ce dernier avait dès lors le droit de le traiter autant en criminel qu'en esclave. Une prison, des liens, des fers, le carcan, la simple ration servile, des tortures même; voilà ce qu'il encourait. Cette dure captivité durait soixante jours. Pendant ce délai et à trois marchés successifs, de neuvaines en neuvaines, il était exposé sur le Forum. Le montant de la dette, prix de l'addiction, était proclamé publiquement et à haute voix, afin que quelque citoyen généreux vînt le délivrer en payant pour lui.

A l'expiration de ce délai, à défaut de payement ou de transaction, le créancier avait sur sa personne un droit de disposition absolue, comme un propriétaire sur sa chose. Droit épouvantable! Il pouvait le mettre à mort. Droit plus épouvantable encore! S'il y avait plusieurs créanciers, ils pouvaient diviser son corps, se le partager entre eux; et la loi excusait l'inégalité des morceaux. Barbarie! barbarie! ou plutôt quelle atroce grandeur dans des mœurs qui font un crime capital de la violation de la foi jurée!

Hâtons-nous de le dire, le créancier recula toujours d'horreur devant l'exercice de ce droit sanguinaire, et l'histoire

n'en cite aucun qui ait été assez cruel pour en user. Tant il est vrai que l'humanité reprend ses droits sur la loi elle-même.

Toutefois, le créancier pouvait, à son choix, et suivant son intérêt, le transporter au delà du Tibre et le vendre comme un esclave, pour se payer sur le prix, ou bien encore le retenir auprès de lui dans un état de servitude de fait, afin de profiter de son industrie et de son travail, jusqu'à parfait payement de la dette.

3. Cependant, la loi Pætelia ordonna la mise en liberté des débiteurs *nexi*, à la condition qu'ils jureraient qu'ils n'avaient pas moyens de payer. Elle défendit, en outre, de s'engager à l'avenir par les liens du *nexum*. L'engagement des biens seuls du débiteur, à l'acquittement de sa dette, fut ainsi substitué à l'engagement de sa personne, de son corps.

Il avait fallu beaucoup de temps pour comprendre, ou bien, si elle avait été comprise, pour mettre en pratique l'idée, aujourd'hui si simple, de la séparation des biens du débiteur d'avec sa personne. La juridiction prétorienne, qui s'appliqua avec tant de soins et de sollicitude à perfectionner la législation par la jurisprudence, s'en empara et en régla l'application, en substituant aux actes qui s'exécutaient sur la personne du débiteur, d'autres actes analogues qui s'accomplissaient sur ses biens, tels que la proscription de ses biens, *bonorum proscriptio*, et leur mise aux enchères sur la demande des créanciers.

4. Plus tard enfin, vint la cession de biens, *bonorum cessio*, introduite par une loi de Jules César, appelée Julia. Ce bénéfice fut accordé seulement aux débiteurs malheureux et de bonne foi, afin qu'ils pussent éviter l'incarcération, *ne detrahantur in carcerem* (1). Ils faisaient ainsi cession de l'universalité de leurs biens à leurs créanciers, qui procédaient ensuite à la vente dans les formes étabies pour la *bonorum*

(1) L. 1, C. *Qui bonis ced. poss.*

proscriptio. Le débiteur y avait ce double avantage d'éviter la prison et l'infamie de l'expropriation. Cette cession ne produisait pas en sa faveur une libération de droit, *ipso jure*, mais une exception libératoire, *nisi bonis cesserit* (1). Il n'était entièrement libéré que dans le cas où les créanciers avaient reçu un payement intégral (2). Si donc après la cession il acquérait d'autres biens, il pouvait être poursuivi de nouveau, mais seulement jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum faceret potest* (3), c'est-à-dire qu'on devait lui laisser ce qu'exigeaient ses besoins personnels.

Nous retrouverons dans les dispositions du Code civil le développement de ces principes.

5. Le bénéfice de cession de biens a toujours été reçu en France; mais la concession en a été longtemps soumise à l'accomplissement de formalités humiliantes pour la personne du débiteur.

La cession de biens, ainsi que son nom l'indique, est aujourd'hui, comme sous la loi romaine et notre ancienne jurisprudence, l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes (1265).

Ces dernières expressions ne signifient point que, dans tous les cas, les biens du débiteur sont insuffisants. Son actif peut, en effet, surpasser son passif; et il suffit que dans le moment actuel il ne puisse se libérer, parce qu'il lui est impossible de réaliser le gage commun de ses créanciers, bien qu'il présente une valeur évidemment supérieure au montant total de leurs créances.

6. Le législateur du Code civil a placé la cession de biens sous le titre de l'extinction des obligations. On pourrait cri-

(1) Cujas, sur le tit. C. *Quid bonis ced. poss.*
(2) L. 1, C. *ibid.*
(3) L. 4, *ff. De cess. bon.*

tiquer ce classement, en disant qu'elle n'éteint pas, de droit, la dette, puisqu'elle n'opère que la décharge de la contrainte par corps. Néanmoins, comme elle libère le débiteur jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés (1270), et que, dans cette mesure, elle opère extinction des obligations, il nous semble que les articles qui en traitent viennent le plus naturellement et le plus logiquement à leur place, à la suite des dispositions qui règlent le payement et ses incidents divers.

Article 1266.

La cession de biens est volontaire ou judiciaire.

Article 1267.

La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur.

Sommaire.

1. De la cession volontaire.
2. Elle diffère du concordat. En quoi.
3. Ses effets. En principe, elle ne confère que le droit de vendre.
4. Ses effets, quand elle transfère la propriété aux créanciers.
5. Le débiteur, si la propriété n'a été transmise, peut reprendre les biens en payant.
6. Les créanciers hypothécaires ont-ils à renouveler leurs inscriptions?
7. A moins de clause expresse, la cession volontaire n'emporte ni renonciation, ni remise.
8. Les choses incessibles et insaisissables sont censées réservées.
9. La cession volontaire ne comprend que les biens présents, à moins de clause expresse.
10. Les créanciers postérieurs à la cession sont sans droit sur les biens cédés.
11. Elle diffère de l'atermoiement et du nantissement.
12. Comment les créanciers s'unissent pour vendre.
13. Quelles formes ils doivent observer pour la vente.

COMMENTAIRE.

1. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement. Arrêtons-nous sur cette première partie de la définition qu'en donne l'article 1267. Nous examinerons plus loin quels en sont les effets.

2. Ce mode de cession diffère essentiellement du concordat qui a lieu en matière de faillite. Le concordat est, sans doute, un traité volontaire entre le failli et ses créanciers, en ce sens que ces derniers, appelés à délibérer, sont maîtres de l'accepter ou de le refuser. Mais il y a, entre la cession volontaire et le concordat, cette différence remarquable, que celui-ci s'établit par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant, en outre, les trois quarts de la totalité des créances vérifiées ou affirmées, ou admises par provision (507, C. comm.). La majorité en nombre et en créances fait ainsi la loi à la minorité, tandis que, en cas de cession de biens volontaire, l'unanimité est indispensable.

S'il n'y a point, pour la formation du concordat, majorité en nombre et en sommes, la masse des créanciers se trouve nécessairement constituée en état d'union. Dans le cas d'une cession de biens volontaire, la minorité même des créanciers peut l'accepter séparément quant à elle, sans que le traité puisse nuire ou profiter aux autres, qui sont, par rapport à cet acte, de véritables tiers étrangers.

Le concordat peut être annulé pour l'inexécution de certaines formes particulières; la cession ne peut l'être que pour les causes ordinaires qui autorisent les actions en nullité ou en rescision d'un contrat.

Quelles que soient la fraude et la mauvaise foi du débiteur, ses créanciers peuvent valablement accepter la cession volontaire qui leur est offerte. Le concordat est, au contraire, nul ou résoluble, lorsque le failli a été condamné comme banqueroutier frauduleux (510, 522, C. comm.).

La cession volontaire peut encore être faite par tout débiteur, commerçant ou non, contraignable par corps ou non, déchu ou non du bénéfice de la cession judiciaire (1).

Elle n'est, en un mot, qu'un contrat ordinaire, soumis aux règles générales qui en déterminent la validité. Ce principe, qui préside à sa formation, va nous diriger dans l'examen de ses effets.

3. La cession volontaire, dit l'article 1267, n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre les créanciers et le débiteur.

Ces effets se rapportent eux-mêmes, d'une manière générale, à deux ordres de stipulations particulières qui peuvent se trouver dans le contrat. Le traité ne contient qu'une simple cession de biens, sans transmission de propriété, ou bien il renferme une transmission de propriété en faveur des créanciers. Chacune de ces stipulations, qui constituent des différences fondamentales, peuvent être assorties de clauses particulières; mais, sans insister sur ces dernières, nous nous bornons à dire que, légalement stipulées, elle tiendront lieu de loi entre les parties contractantes. Nous ne nous occuperons donc ici principalement que des stipulations suivant lesquelles la cession volontaire ne confère qu'un simple mandat aux créanciers, ou constitue une véritable dation en payement.

En principe, et en l'absence de toute stipulation expresse et formelle (2), la cession de biens volontaire ne donne aux créanciers que le droit de réaliser le gage qui leur est abandonné, en touchant le montant des créances dues au débiteur, et en vendant les meubles et les immeubles, suivant les formes convenues dans le traité, ou déterminées pour le cas de cession judiciaire. Les créanciers sont alors, pour la réalisation de leur gage commun, de simples mandataires agissant, en

(1) Voy. art. 1270, n° 1.

(2) DURANTON, t. 12, n° 244. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 148, 1re édit., et t. 8, p. 495, 4e édit.

vertu de délégation, dans leur intérêt propre, sous la réserve et sauf l'application des causes légitimes de préférence que chacun d'eux peut invoquer.

Par ce traité, les créanciers renoncent, en l'acceptant, à intenter contre le débiteur aucunes poursuites par rapport aux biens cédés, en la possession desquels ils ont droit de se mettre, si le débiteur ne se l'est pas expressément réservée (1).

Cette mise en possession vaut saisie réelle en leur faveur; d'où la conséquence qu'elle doit être maintenue tant que le débiteur n'a pas payé, et que les fruits des immeubles sont immobilisés pour être distribués, avec leur prix, par ordre d'hypothèques. Autrement, les créanciers hypothécaires refuseraient d'accepter la cession, afin de se ménager le moyen d'immobiliser les fruits par une saisie dont les frais tourneraient au préjudice de tous; et, d'autre part, les créanciers chirographaires auraient eux-mêmes intérêt à retarder la vente, afin de grossir la masse des fruits, qui devrait ainsi être distribuée contributoirement (2).

4. Mais le contrat d'abandonnement peut être fait de manière à transférer la propriété des choses cédées sur la tête des créanciers. Dans ce cas, il y a une véritable dation en payement, sur le caractère et les effets de laquelle nous reviendrons plus loin, en traitant de la novation. Nous devons, néanmoins, signaler ici quelques-unes des principales conséquences de cette stipulation, par comparaison avec les effets ordinaires de la cession de biens volontaire, faite sans transmission de propriété en faveur des créanciers.

La dation en payement vaut vente, *hujus modi contractus vicem venditionis obtinet* (3). Les biens abandonnés sont la chose vendue, et le montant des créances, en payement des-

(1) Toullier, t. 7, n° 238.

(2) Toullier, t. 7, n° 239. — Grenoble, 20 juill. 1843. Sirey, 44, 2, 639.

(3) L. 4, C. *De evict.*

quelles se fait l'abandon, tient lieu de prix. Cette cession vaudra donc comme vente.

Ainsi, quant à la forme, et en ce qui concerne les créances comprises dans l'abandonnement, les créanciers cessionnaires n'en seront saisis, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte authentique (1690).

Au fond, cette cession, avec transmission irrévocable de propriété, opère immédiatement la libération du débiteur par voie de novation; et les créanciers, à moins de clauses et de réserves contraires, n'ont contre lui que les droits et actions qui naissent d'un contrat de vente. Ce principe est lui-même fécond en résultats essentiels qu'il est facile d'entrevoir.

5. S'agit-il d'une simple cession sans transmission de propriété, il n'y a ni libération immédiate du débiteur, ni extinction de la dette. Cette question est subordonnée à la réalisation du gage commun.

Le débiteur, conservant jusque-là la propriété des choses cédées, peut en reprendre la possession, en remboursant aux créanciers tout ce qui peut leur être dû en principal, intérêts, accessoires, tels que frais d'administration, de mise en vente. Si, en effet, le mandat qui résulte du contrat d'abandonnement est irrévocable de sa nature, à la différence des mandats ordinaires toujours révocables à la volonté du mandant, les créanciers n'ont aucun intérêt à s'opposer à la révocation du contrat de cession, dès l'instant qu'ils sont complètement désintéressés, et qu'ils obtiennent tout ce que son exécution pourrait leur assurer (1).

Si la vente des biens abandonnés produit une somme plus que suffisante pour désintéresser les créanciers, le reliquat doit être compté au débiteur; car il est sa propriété (2).

(1) Duranton, t. 12, n° 244. — Toullier, t. 7, n° 244. — Zachariæ, t. 4, p. 148, 1re édit., et t. 8, p. 195, 4e édit.

(2) Toullier, t. 7, n° 145.

Au contraire, s'il y avait eu véritable dation en payement, les créanciers profiteraient de cet excédant, comme ils supporteraient l'insuffisance du prix.

6. Les créanciers hypothécaires ne sont pas dispensés, après une simple cession ordinaire, de renouveler leurs inscriptions avant l'expiration du délai de dix ans, indiqué par l'article 2154. Bien que le traité d'abandonnement leur confère un mandat irrévocable pour la réalisation de leur gage, cependant, comme l'inscription n'a pas encore produit son effet légal, il est indispensable d'en empêcher la péremption par un renouvellement régulier.

Mais lorsque l'abandonnement a eu lieu avec transmission de propriété au profit des créanciers acceptants, ils ne sont plus tenus, respectivement à eux, de renouveler leurs inscriptions hypothécaires (1). Elles ont produit tous leurs effets, par suite de cette dépossession effective du débiteur, laquelle équivaut, à leur égard, à une expropriation réelle.

L'hypothèse d'un abandonnement avec translation de propriété soulève, d'ailleurs, une foule de questions hypothécaires. Mais, comme leur examen nous éloignerait beaucoup de notre sujet, nous remarquerons seulement qu'elles se rattachent toutes au droit de suite contre les tiers détenteurs des immeubles hypothéqués, et que, dès lors, elle ne sauraient se présenter lorsque la cession ne fait point passer sur la tête des créanciers la propriété des biens abandonnés (2).

Ainsi, dans ce dernier cas, les créanciers particuliers de ces créanciers ne peuvent faire inscrire leurs hypothèques sur ces biens. Ils peuvent seulement saisir les prix de vente, et venir en sous-ordre sur les collocations de leurs débiteurs personnels.

(1) Zachariæ, t. 4, p. 148, 1re édit., et t. 8, p. 495, 4e édit. — Paris, 14 avril 1826. Sirey, 27, 2, 62.

(2) Voy. art. 1269, n° 5.

7. La cession volontaire peut contenir, de la part des créanciers, renonciation expresse ou tacite à toute réclamation ultérieure contre le débiteur, dans le cas même où les biens délaissés ne seraient pas suffisants pour les satisfaire intégralement. Elle peut aussi avoir lieu avec la réserve de tous leurs droits sur les biens que le débiteur pourra acquérir dans la suite, s'ils n'ont pas été complètement désintéressés.

Si la cession a été faite avec transmission de propriété, il est évident que cette dation en payement, à moins d'une réserve expresse et formelle, emporte renonciation à toute prétention ultérieure de la part des créanciers. Ils deviennent propriétaires, à leurs risques et périls.

Mais si la cession ne transfère pas la propriété des biens abandonnés, en l'absence de toute stipulation expresse de renonciation de la part des créanciers, et dans le doute sur l'intention des parties, on doit présumer que les créanciers se sont réservé tous leurs droits sur les biens que le débiteur pourra acquérir par la suite, dans le cas où ils ne seraient pas complètement désintéressés. Une renonciation ne se présume pas; et, si l'on considère que la cession judiciaire ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés, et que, dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner, on ne saurait douter que, par identité de raisons, on ne doive, en cas d'une cession volontaire, interpréter le contrat d'abandonnement dans le sens d'une réserve tacite faite par les créanciers de tous leurs droits sur les biens à venir de leur débiteur, jusqu'à parfait payement (1).

Les codébiteurs et les cautions ne sont point, en conséquence, déchargés. Car la cession volontaire ne contient aucune remise ou décharge conventionnelle, et l'on ne saurait appliquer ici les articles 1285 et 1287 (2).

(1) ZACHARIÆ, t. 4, p. 149, 1re édit., et t. 8, p. 496, 4e édit. — TOULLIER, t. 7, nº 243. — *Contrà*, DURANTON, t. 12, nº 247.

(2) *Contrà*, DURANTON, t. 12, nos 248 et 249.

8. La cession volontaire, à défaut de réserves de la part du débiteur, doit comprendre tous ses biens présents. Cependant, en l'absence de toute réserve et exception, et quand même elle aurait été faite avec transmission de propriété, les choses que la loi déclare incessibles et insaisissables (581, 592, C. pr.), n'y sont point censées comprises. Car le débiteur ne doit être réputé céder à ses créanciers que les choses que la loi affecte comme gage au payement de leurs créances.

Mais les circonstances peuvent établir que ces choses y sont elles-mêmes comprises en tout ou en partie. Il appartient alors aux tribunaux d'interpréter l'intention des contractants.

9. Nous signalerons, en passant, une différence remarquable entre la cession volontaire et la cession judiciaire. Dans l'hypothèse de cette dernière, et dans le cas où les biens abandonnés auraient été insuffisants, s'il en survient d'autres au débiteur, il est obligé de les abandonner jusqu'à parfait payement (1270). Ainsi, la cession judiciaire vaut pour les biens présents et pour les biens à venir. La cession volontaire ne vaut, au contraire, que pour les biens présents. S'il survient d'autres biens au débiteur, les créanciers, à défaut de renonciation expresse ou tacite de leur part, conservent sans doute leurs droits et actions sur ces biens. Mais ils ne peuvent exiger, pas plus que le débiteur ne peut leur offrir, en vertu d'un précédent acte de cession volontaire, s'il n'y a une clause expresse à cet égard, l'abandonnement des biens qu'il a ultérieurement acquis. Ses effets, comme contrat, doivent être restreints dans les termes précis des stipulations convenues. Or, ne comprenant que les biens présents, il ne peut être étendu aux biens à venir, à moins qu'une interprétation raisonnable de l'acte ne lui donne cette portée. Mais, dans le doute, on doit considérer les seuls biens présents comme y étant compris. Il faudra donc autant de nouvelles cessions volontaires qu'il y aura de périodes d'acquisitions nouvelles faites par le débiteur.

10. Nous avons déjà dit que le contrat d'abandonnement ne pouvait être opposé à ceux des créanciers qui n'y avaient pas figuré, ou avaient formellement refusé de l'accepter. Ils conservent donc la plénitude de leurs droits et actions sur la personne et les biens du débiteur. Mais nous n'entendons parler que des créanciers dont les droits sont antérieurs à l'abandonnement. Quant à ceux dont les créances sont postérieures, s'ils peuvent encore agir contre la personne du débiteur et sur les biens acquis plus tard par lui, ils ne peuvent prétendre aucun droit sur ceux qui ont été précédemment abandonnés. Le contrat d'abandonnement les a, en effet, affectés, à leur exclusion, au payement de ceux qui l'ont stipulé et accepté. Ceux-ci en sont saisis les premiers et viennent, à ce titre, par préférence. Les autres peuvent, toutefois, se pourvoir en révocation de la cession pour cause de simulation frauduleuse (1167).

11. Quelques autres contrats semblent se rapprocher de la cession volontaire. Néanmoins, ils en diffèrent essentiellement.

Ainsi, le contrat d'atermoiement n'a d'autre effet que d'accorder au débiteur, de la part des créanciers, des délais ou des remises, sans abandonnement ni prise de possession des biens (1).

La cession volontaire diffère également du contrat de gage et notamment de l'antichrèse, en ce que ce dernier contrat n'autorise point le créancier à vendre les biens engagés, mais seulement lui permet d'en percevoir les fruits, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance (2085), tandis que le contrat d'abandonnement emporte le droit de vendre et de se payer sur le prix.

12. Ordinairement, les créanciers à qui il a été fait cession de biens s'unissent et se constituent en une association, qu'on

(1) Toullier, t. 7, n° 240. — Merlin, Rép., v° *Atermoiement*. — Zachariæ, t. 4, p. 147, n^te^ 2, 1re édit., et t. 8, p. 494, n^te^ 2, 4e édit.

appelle direction, pour en confier l'administration à un seul ou à plusieurs d'entre eux. Les pouvoirs de ces directeurs sont eux-mêmes plus ou moins étendus. Ils peuvent comprendre l'administration des biens, l'exercice des actions, tant en demandant qu'en défendant, la vérification des créances, la vente des meubles et des immeubles. Leur initiative peut être entière à cet égard, ou soumise, dans son exercice, à de certaines conditions. Mais ces directions sont souvent pleines d'abus. Les frais, les lenteurs, les fraudes, ont plus d'une fois fait dire aux créanciers qu'ils redoutaient plus l'administration que la déconfiture ou la faillite elle-même.

13. En cas de cession judiciaire, les créanciers doivent faire vendre les biens suivant les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire (904, C. pr.). Leur pouvoir de vendre, en cas de cession volontaire, n'est pas plus étendu, et ils doivent procéder à la vente dans les mêmes formes, si le contrat d'abandonnement n'a autorisé expressément un autre mode d'aliénation. Les parties n'ayant rien réglé quant aux formalités à accomplir pour la réalisation de leur gage commun, sont, par cela même, censées s'en être remises aux dispositions qui concernent la cession judiciaire.

Article 1268.

La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire.

Sommaire.

1. De la cession judiciaire ou forcée.
2. Autre loi de Jules César, non reçue en France.
3. On l'appelle aussi cession misérable.
4. Pour l'invoquer, il faut être soumis à la contrainte par corps;
5. Etre malheureux et de bonne foi.

6. Comment se prouvent les malheurs et la bonne foi.
7. Les choses incessibles et insaisissables sont seules exceptées de l'abandonnement.
8. Renvoi, quant à la procédure à suivre.
9. Le débiteur ne peut renoncer d'avance au bénéfice de cession de biens.

COMMENTAIRE.

1. Nous passons à la cession judiciaire, ainsi nommée parce qu'elle a lieu en justice. On l'appelle également forcée, parce que les créanciers ne peuvent la refuser, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi.

Nous avons vu que ce fut une loi Julia, de Jules César, qui introduisit à Rome le bénéfice de la cession judiciaire, que s'appropria plus tard notre ancienne jurisprudence française.

2. Une autre loi de Jules César avait autorisé tout débiteur qui, n'ayant ni argent ni meubles, et ne trouvant pas d'acquéreur, n'avait pas d'autre moyen de payer, à offrir à son créancier des immeubles en payement, suivant l'estimation qui devait en être faite, sans que celui-ci pût refuser ce mode de libération. Justinien rappela cette disposition dans la Novelle 4, ch. 3; mais elle n'a point été admise en France (1243) (1). Revenons donc à la cession judiciaire.

3. Elle est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi (1268). Aussi, l'appelle-t-on cession misérable, *miserabile cessionis auxilium* (2). Dans l'état même de nos mœurs (et puisse durer longtemps ce sentiment salutaire!) il s'y attache un préjugé d'ignominie. Elle rappelle, en effet, le bonnet vert, les humiliations, les affronts infligés au débiteur qui en invoquait le bénéfice, sous notre ancien droit.

La constitution du 22 frimaire an VIII, art. 5, déclarait le cessionnaire incapable de posséder aucune charge, ni d'exercer aucun des droits politiques attachés à la qualité de citoyen.

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 494.
(2) L. 8, C. *Qui bonis ced. poss.*

Cette note d'infamie n'atteint plus aujourd'hui que les faillis, et encore d'une manière imparfaite seulement.

4. La première condition que doit remplir le débiteur pour invoquer le bénéfice de la cession des biens, est qu'il soit passible de la contrainte par corps. Comme il lui est accordé pour obtenir la liberté de sa personne, *ne detrahatur in carcerem* (1), s'il n'était soumis à la contrainte par corps, la concession en serait absolument sans cause.

5. Mais ceci ne suffit pas; il faut avoir été malheureux et de bonne foi. Ce bénéfice ne sera donc pas accordé à ceux qui, sans cesser d'être de bonne foi, sans être coupables de dol et de fraude, auront dévoré leur fortune dans l'inconduite, la débauche, la dissipation; dans des spéculations et des entreprises imprudentes et téméraires, par suite d'engagements irréfléchis qui devaient entraîner une ruine inévitable, et que la prudence la plus vulgaire leur conseillait de ne pas contracter.

Les tribunaux ont du reste, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Mais ils ne doivent jamais oublier, dans l'usage qu'ils sont appelés à en faire, que la loi exige cette double condition de bonne foi et de malheur, et que celui-là seul est malheureux, dans le sens de l'article 1268, qui a vu périr sa fortune par suite de revers, d'accidents, de vicissitudes que la prudence humaine, dans son infirmité, ne pouvait raisonnablement ni prévenir, ni empêcher. Le débiteur ne doit pas être seulement malheureux, parce qu'il est pauvre et insolvable; il doit l'être surtout et essentiellement, dans le sens où l'on dit vulgairement d'une personne, qu'elle a eu des malheurs. Malheur n'est pas ici synonyme de misère et de pauvreté, qui expriment un état, indépendamment des causes qui les ont produites.

Ce n'est pas que nous repoussions toute appréciation généreuse et indulgente; mais nous ne saurions trop recommander aux juges, en présence d'abus nombreux qui ont été quelque-

(1) L. 1, C. *Qui bonis ced. poss.*

fois jusqu'au scandale, d'apporter dans l'examen des faits cette sévérité calme qui fait la force et la dignité de la justice.

6. Le débiteur justifiera de sa bonne foi en établissant les malheurs, cause de son insolvabilité. Cette preuve, une fois faite, met les créanciers qui s'opposent à la cession dans la nécessité d'établir sa mauvaise foi, ou son inexcusable imprudence. Car, outre que la bonne foi se présume toujours, elle commence à être établie par la preuve même des causes malheureuses qui ont amené sa ruine (1).

Mais il ne suffirait pas qu'il prouvât son insolvabilité, s'il ne justifiait préalablement des malheurs réels qu'il a éprouvés, des revers de fortune qu'il a subis. Sa bonne foi s'entend encore et surtout des circonstances de sa déconfiture. Or, elle n'est pas entière, s'il a employé, à l'égard de ses créanciers, ou même d'un seul, des manœuvres dolosives et frauduleuses, soit pour entretenir son crédit, pour tromper et abuser les tiers, pour leur soustraire tout ou partie de sa fortune, soit enfin pour paralyser l'exercice de droits légitimes. Il est alors de mauvaise foi; mais c'est aux créanciers opposants à l'établir (2).

7. La cession judiciaire étant l'abandon qu'il fait en justice de tous ses biens à ses créanciers, il ne peut en excepter que les choses déclarées incessibles et insaisissables par les articles 581 et 592, C. pr. Il ne doit pas, en effet, être tenu de céder à ses créanciers plus que la loi elle-même n'affecte comme gage au payement de leurs créances (3).

Cependant, comme quelques-unes de ces choses peuvent être saisies pour certaines causes déterminées (582, 593, C. pr.),

(1) ZACHARIÆ, t. 4, p. 151, 1re édit., et t. 8, p. 498, 4e édit. — Voy. cep. DURANTON, t. 12, n° 260. — Aix, 30 déc. 1817. SIREY, 18, 2, 356. — Bordeaux, 30 août 1821. SIREY, 22, 2, 60.

(2) Voy. Besançon, 31 déc. 1866. SIREY, 67, 2, 104.

(3) DURANTON, t. 12, n° 258. — ZACHARIÆ, t. 4, p. 152, 1re édit., et t. 8, p. 499, 4e édit.

ceux des créanciers qui sont admis à les saisir conserveront sur elles tous leurs droits, nonobstant la cession ordonnée pour le surplus.

Doivent également être exceptées, les rentes viagères créées sur la caisse des retraites pour la vieillesse, et déclarées incessibles et insaisissables, jusqu'à concurrence de trois cent soixante francs, par la loi du 18 juin 1850, article 5.

En cas de faillite, un secours peut être accordé au failli sur l'actif (530, C. comm.). Cette disposition n'est pas applicable au cas de cession judiciaire. Elle constitue une exception qu'on ne peut pas étendre. Le débiteur ne peut donc, contre le gré de ses créanciers, rien retenir ni demander sur son actif (1), bien que la loi romaine permît de lui accorder quelques secours, comme des aliments pour un mois, pour une année, *misericordiæ causâ* (2).

8. Quant à la manière dont les débiteurs doivent se pourvoir en justice pour obtenir cession de biens, ce point est réglé par les articles 898 et suiv., C. pr. Nous n'avons pas à en présenter ici le commentaire.

Sous notre droit français, cette cession ne peut se faire qu'en justice. Sous le droit romain, elle jouissait d'une telle faveur, qu'elle pouvait également avoir lieu extra-judiciairement, *extra jus*, par simple déclaration du débiteur, par message ou lettre, par *nuncium vel epistolam* (3). Cette forme n'a jamais été reçue en France (4).

9. Le débiteur ne peut, d'avance, renoncer au bénéfice de cession. Il peut toujours l'invoquer, nonobstant toute stipulation contraire (1268). S'agissant de liberté, une semblable stipulation serait contraire à l'ordre public.

(1) Toullier, t. 7, n° 257. — Zachariæ, t. 4, p. 152, 1re édit., et t. 8, p. 499, 4e édit. — *Contrà*, Duranton, t. 12, n° 259.
(2) L. 6, *ff. De cess. bon.*
(3) L. 9, *ff. De cess. bon.*
(4) Voy. Ordon. de Louis XII, de 1510, art. 70.

Article 1269.

La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente.

Sommaire.

1. La cession opère décharge de la contrainte par corps.
2. Elle donne aux créanciers le droit de faire vendre les biens.
3. A partir du jugement, les créanciers ne peuvent poursuivre le débiteur.
4. Il peut arrêter la vente en payant.
5. Il ne peut hypothéquer les biens. On peut s'inscrire.

COMMENTAIRE.

1. Quels sont les effets de la cession judiciaire? Nous avons déjà dit que, quant à la personne du débiteur, elle opère la décharge de la contrainte par corps (1268-1270).

2. Quant aux biens, elle n'en confère point la propriété aux créanciers (1269) (1). Elle leur donne seulement le droit de les faire vendre à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente (1269). Ainsi, ils ne peuvent les partager entre eux de leur autorité privée (2).

Mais le jugement qui admet le débiteur au bénéfice de cession vaut pouvoir aux créanciers, à l'effet de faire vendre ses biens, meubles et immeubles; et il sera procédé à cette vente dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire (904, C. pr.).

3. A partir du jugement qui admet la cession, les créanciers ne peuvent exercer aucune action contre le débiteur. Ils n'ont qu'à prendre possession des biens, et à travailler en commun, ou par voie de direction, sans que la nomination d'un curateur

(1) L. 4, C. *Qui bonis ced. poss.*
(2) L. 4, C. *ibid.*

soit nécessaire, à la réalisation de leur gage et à sa distribution entre eux, sauf les causes légitimes de préférence. Ils ne sont pas, d'ailleurs, tenus d'appeler le débiteur pour être présent à toutes ces opérations.

Mais la simple demande ne suspend l'effet d'aucune poursuite, sauf aux juges à ordonner, parties appelées, qu'il sera sursis provisoirement (900, C. pr.).

4. Le débiteur peut toujours arrêter la vente, en désintéressant intégralement tous ses créanciers. C'est un droit que le jugement de cession ne saurait lui enlever.

5. Mais, à la différence des débiteurs simplement en état de déconfiture, il ne peut, à partir de son admission par jugement au bénéfice de cession, ou de la consommation du traité d'abandonnement, si la cession est volontaire, hypothéquer les biens abandonnés, au préjudice de ses créanciers (1).

Cependant, comme cet état ne saurait être assimilé à la faillite, tout créancier ayant un titre hypothécaire antérieur peut encore prendre inscription (2), à moins qu'il ne s'agisse d'une cession volontaire emportant aliénation des biens au profit des créanciers, qui ne peuvent alors s'inscrire sur eux-mêmes (3), en tant, du moins, qu'ils sont considérés comme personnellement et irrévocablement propriétaires.

Article 1270.

Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. — Elle opère la décharge de la contrainte par corps. — Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; et, dans le cas où ils auraient été insuffi-

(1) Grenier, t. 1, n° 124. — Persil, art. 2146, n° 10. — Zachariæ, t. 2, p. 138, 1re édit. — Merlin, Rép., vis *Inscript. hyp.*, § 4, n° 6. — Troplong, *Hyp.*, n° 662. — *Contrà*, Zachariæ, t. 3, p. 272, 4e édit.
(2) Troplong, *Hyp.*, n° 662. — *Contrà*, Merlin, Rép., *ibid.*
(3) Troplong, *Hyp.*, *ibid.*

sants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait payement.

Sommaire.

1. La cession judiciaire ne peut être refusée. Exceptions. Faillite, concordats par abandon.
2. L'article 905, C. pr., ne déroge pas au Code civil.
3. Distinction à l'égard des étrangers.
4. L'article 905, C. pr., prononce une exclusion absolue.
5. Le débiteur peut user du bénéfice en payant ceux du côté desquels vient l'exclusion.
6. Sa position est une à l'égard de tous, à moins de jugements contraires.
7. La cession opère décharge de la contrainte par corps.
8. Elle ne libère que jusqu'à concurrence des biens abandonnés.
9. Les biens à venir doivent être abandonnés.
10. Les créanciers ne peuvent obtenir sur eux aucun droit préférable.
11. *Quid*, des créanciers postérieurs ?

COMMENTAIRE.

1. Si les créanciers sont maîtres d'accepter ou non la cession volontaire, qui n'est qu'un contrat, ils ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi (1270).

Quels sont ces cas? Nous en avons déjà vu deux; celui où le débiteur n'est pas contraignable par corps, et celui où il n'établit pas qu'il a été malheureux et de bonne foi.

Mais il en est d'autres qui sont déterminés par de nouvelles dispositions. Ainsi, l'article 905, C. pr., dispose qu'on ne doit pas admettre au bénéfice de cession les étrangers, les stellionataires, les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour cause de vol et d'escroquerie, ni les personnes comptables, tuteurs, administrateurs et dépositaires.

Nous remarquerons d'abord, en ce qui concerne les banqueroutiers frauduleux, que le Code de commerce, article 541, porte, à la différence de l'ordonnance de 1673, titre 10, article 1, et de l'ancien Code de commerce, articles 566 et suivants, qu'aucun débiteur commerçant ne sera recevable à demander

son admission au bénéfice de cession de biens. Ainsi, il n'y a pas à distinguer entre le commerçant banqueroutier frauduleux et tout autre; la qualité de commerçant suffit pour l'exclure.

Cette grave innovation n'a pas été admise, en 1838, sans de sérieuses difficultés. D'un côté, on faisait valoir, en faveur de la cession de biens, les traditions de notre ancien droit commercial, les considérations d'équité et d'humanité, les droits sacrés du malheur et de la bonne foi, les difficultés, les abus, les dangers même d'un concordat, en présence du mauvais vouloir des créanciers, de leur dureté impitoyable, et, le plus souvent, de leurs exigences personnelles et frauduleuses. D'autre part, on appuyait l'innovation proposée sur les considérations suivantes, qui l'emportèrent, et, suivant nous, avec raison. Le commerçant qui offre une cession de biens, cesse ses payements et est en faillite. Pourquoi compliquer le règlement de sa situation des distinctions de compétence et des difficultés de procédure, résultant du concours de la juridiction commerciale qui connaît de la faillite, et de la juridiction civile qui connaît de la cession de biens? Si, par ses malheurs et sa bonne foi, le failli a droit à de justes égards, à d'équitables ménagements, il peut obtenir un concordat, un jugement d'excusabilité; et alors sa personne et ses biens sont affranchis. Le grand nombre des concordats qui interviennent témoigne assez des dispositions favorables des créanciers, et de la part qu'il faut faire à l'exagération, quand on dénonce les inconvénients et les abus des concordats. En tout cas, il reste l'état d'union, qui est le dénoûment naturel de la faillite.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'il fasse valablement cession de biens volontaire à ses créanciers, qui l'acceptent, soit qu'il y ait faillite ou non, qu'elle soit ou non la condition d'un concordat. L'article 541, C. comm., n'est, en effet, applicable qu'à la cession judiciaire, ainsi qu'il résulte de ses termes mêmes, qui supposent une demande en justice. Il faudrait une disposition expresse pour interdire la cession volontaire dans ce cas(1).

(1) Cass., 18 avril 1849. Sirey, 49, 1, 497.

Cette faculté, fondée sur le principe de la liberté des conventions et consacrée par la jurisprudence, a donné lieu, dans la pratique des faillites, à ce qu'on appelle concordats par abandon. La loi du 17 juillet 1856 est venue régulariser et réglementer ces contrats. L'article 541, C. comm., modifié par elle, est ainsi conçu : « Aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. Néanmoins, un concordat par abandon, total ou partiel de l'actif du failli, peut être formé, suivant les règles prescrites par la section 2 du présent chapitre. Ce concordat produit les mêmes effets que les autres concordats; il est annulé ou résolu de la même manière. La liquidation de l'actif abandonné est faite conformément aux §§ 2, 3 et 4 de l'article 529, aux articles 532, 533, 534, 535 et 536, et aux §§ 1 et 2 de l'article 537. »

En somme, voici quels sont les principaux traits de différence ou de ressemblance qui distinguent ou rapprochent le concordat par abandon du concordat ordinaire. Il ne rend pas, comme celui-ci, au failli, la libre administration de ses biens; il le dessaisit, au contraire, de l'actif ou de la portion d'actif abandonné, pour en saisir les créanciers. Mais, comme le concordat ordinaire, il doit être consenti par la majorité des créanciers en nombre, et des trois quarts en somme; il est, comme lui, homologué par le tribunal de commerce, et devient, à partir de cette homologation, obligatoire pour tous les créanciers. Il peut enfin, et pour les mêmes causes, être résolu et annulé. Quant à la liquidation de l'actif, elle se fait, comme dans le contrat d'union, par des syndics confirmés ou nommés par le tribunal de commerce, et agissant sous la surveillance du juge-commissaire. La faillite est, au surplus, terminée comme elle le serait par un concordat ordinaire, et le débiteur est affranchi de la contrainte par corps sans jugement d'excusabilité.

Le concordat par abandon se distingue de la cession par des différences plus considérables. Il est toujours volontaire, tandis

que la cession peut être judiciaire ou forcée. Il est essentiellement un traité librement consenti entre le débiteur et ses créanciers. A ce point de vue, il se rapproche de la cession volontaire; mais il en diffère en ce qu'il suffit, pour le constituer, de la majorité des créanciers en nombre et des trois quarts en somme, et que le débiteur est définitivement libéré par l'abandon de tout ou partie de son actif, tandis que la cession doit être acceptée par l'unanimité des créanciers, et qu'elle ne procure de libération au débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens cédés.

On peut dire, en un mot, de ce concordat par abandon, aujourd'hui classé parmi les contrats nommés et reconnus par le Code de commerce, qu'il supplée, pour les commerçants faillis, le bénéfice de cession de biens, et qu'il tient le milieu entre le concordat ordinaire et le contrat d'union.

2. L'article 905, C. pr., en indiquant nominativement les personnes exclues du bénéfice de cession de biens, n'a pas dérogé aux dispositions générales du Code civil; et l'on ne saurait prétendre que ce bénéfice doit être, indistinctement et sans autre condition, accordé à tous ceux qui ne s'y trouvent pas énumérés. Cet article ne fait que compléter les dispositions du Code, sans effacer la condition fondamentale à laquelle il subordonne la cession judiciaire, à savoir que le débiteur est malheureux et de bonne foi (1).

3. Quant aux étrangers, il convient de faire une distinction. Si l'étranger a été autorisé à établir son domicile en France, comme il y jouit de tous les droits civils, tant qu'il continue d'y résider, il doit être admis au bénéfice de cession. Mais si cette autorisation n'existe pas, il ne peut l'invoquer, quand même il résiderait de fait en France, y aurait fondé un éta-

(1) Toullier, t. 7, n° 262. — Zachariæ, t. 4, p. 149, n^te 10, 1re édit., et t. 8, p. 497, 4e édit.

blissement commercial et y possèderait des immeubles. Il est toujours purement et simplement un étranger (1).

4. Les personnes énumérées dans l'article 905, C. pr., sont-elles exclues du bénéfice de cession d'une manière absolue, ou ne le sont-elles seulement que d'une manière relative, qu'à l'égard des créanciers dont elles ont géré les biens, ou envers lesquels elles se sont rendues coupables de stellionat, de vol, d'escroquerie ou de violation de dépôt? Quelques auteurs interprètent la loi dans ce dernier sens, et pensent, conséquemment, que les autres créanciers ne pourraient, quant à eux, s'opposer à la cession (2).

Tout en admettant en principe cette distinction entre une exclusion absolue et une exclusion relative, M. Duranton (3) sous-distingue lui-même. Ainsi, il prétend que les stellionataires, les personnes condamnées pour vol, escroquerie, et les dépositaires infidèles, sont privés d'une manière absolue, à l'égard de tous leurs créanciers indistinctement, du bénéfice de cession, tandis que les tuteurs, administrateurs et autres comptables n'en sont exclus que d'une manière relative, à l'égard seulement des personnes dont ils ont géré les biens.

Pour nous, nous ne pouvons admettre ces distinction et sous-distinction. Nous pensons que l'article 905, C. pr., ne distinguant point dans ses dispositions, prononce d'une manière absolue l'exclusion du bénéfice de cession envers les personnes qu'il énumère. Cette interprétation, rigoureusement fondée sur le texte de la loi, est fortifiée par ces paroles de M. Mouricault, au Corps législatif : « L'exclusion du bénéfice n'est prononcée que contre les stelliorataires, les banqueroutiers frauduleux (aujourd'hui tout commerçant), les personnes condamnées pour cause de vol et d'escroquerie, parce que

(1) ZACHARIÆ, t. 4, p. 150, nte 11, 1re édit., et t. 8, p. 497, 4e édit. — DURANTON, t. 12, n° 270. — TOULLIER, t. 7, n° 263.

(2) ZACHARIÆ, t. 4, p. 150, 1re édit., et t. 4, p. 497, 4e édit. — CARRÉ, *Quest.* 3055. — Turin, 21 déc. 1812. SIREY, 14, 2, 4. — Montpellier, 21 mai 1827. SIREY, 28, 2, 213.

(3) T. 12, n° 272.

leur mauvaise foi est avérée ; contre les personnes comptables, les tuteurs, les administrateurs, les dépositaires, parce qu'ils ont prévariqué. » N'est-il pas évident que, dans la pensée du législateur, l'exclusion devait être absolue ? Aussi l'article 905, C. pr., n'établit-il aucune distinction entre les créanciers, et confère-t-il à tous le droit de s'opposer à la cession de biens.

On dit que la mauvaise foi des uns, la prévarication des autres n'existe que par rapport à ceux des créanciers envers lesquels ils s'en sont rendus coupables ; qu'en conséquence, s'ils sont justement qualifiés de débiteurs de mauvaise foi envers ceux-ci, ils ne cessent cependant pas d'être considérés, par rapport aux autres, comme débiteurs malheureux et de bonne foi. Mais il s'agit précisément de savoir s'il ne suffit pas que le débiteur se soit rendu coupable de mauvaise foi et de prévarication envers un seul créancier, pour qu'il soit déchu, par cela même, envers tous, du bénéfice de cession de biens. Or, cette faveur doit-elle raisonnablement être accordée à un débiteur qui ne peut invoquer une bonne foi entière ? N'est-ce pas par une pure subtilité et une distinction que l'esprit de la loi repousse, non moins que son texte, qu'on prétend ne lui donner que d'une manière relative la qualification de débiteur de mauvaise foi, comme si sa mauvaise foi, dans un seul acte et envers un seul créancier, ne constituait pas ici la moralité indivisible de sa conduite (1) ?

La cession de biens crée, d'ailleurs, au débiteur, une situation qui est une, comme la qualité de laquelle elle découle. Sa position doit être et rester la même envers tous ses créanciers, comme celle d'un failli, comme celle d'un héritier sous bénéfice d'inventaire, d'une femme séparée de biens. La procédure qu'il doit suivre pour obtenir le bénéfice de cession, est organisée de manière que son admission à ce bénéfice se poursuit et se prononce indistinctement à l'égard de tous. Sur quoi donc peut-on légalement fonder une distinction que condamnent le texte et l'esprit de la loi ?

(1) Chauveau, sur Carré, *Quest.* 3055. — Delvincourt, t. 3, p. 633, nte 8.

5. Quoi qu'il en soit, du moment que le débiteur a désintéressé ceux envers lesquels il s'est rendu coupable de fraude, de mauvaise foi ou de prévarication, il est fondé à réclamerle bénéfice de cession; et les créanciers ne peuvent s'opposer à sa demande. Il ne convient, en effet, d'apprécier sa qualité de débiteur malheureux et de bonne foi, que par rapport aux créances existantes au moment où il réclame le bénéfice de cession, à moins que ses actes de mauvaise foi et de fraude ne soient eux-mêmes la cause de sa ruine.

6. Quand nous disons que l'article 905, C. pr., crée contre le débiteur une exclusion absolue, à l'égard de tous les créanciers, il est bien entendu que nous réservons le cas où divers jugements, également passés en force de chose jugée, l'auraient admis au bénéfice de cession à l'égard de quelques-uns, et auraient repoussé sa demande à l'égard de quelques autres. Il est alors réputé avoir fait cession judiciaire quant à ceux-ci, et non quant à ceux-là. Cette division de qualité, résultant de décisions contradictoires, est fréquente en droit. Elle n'est que la conséquence des effets particuliers de la chose jugée.

7. Revenons aux effets de la cession. Elle opère la décharge de la contrainte par corps (1270), c'est-à-dire qu'elle en prévient ou en fait cesser l'exécution.

8. Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés (1270) (1). Elle ne contient, en effet, aucune sorte de remise sur le montant des dettes.

9. Dans le cas où ils auraient été insuffisants et s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait payement (1270). La loi romaine (2) autorisait également les créanciers à poursuivre le débiteur sur les biens acquis par lui postérieurement. Mais elle voulait qu'il ne fût

(1) L. 1, C. *Qui bonis ced. poss.*
(2) L. 4, *ff. De vess. bon.*

poursuivi que jusqu'à concurrence de ses facultés, *in quantum facere potest*. Notre législation n'admet pas ce bénéfice de compétence. Tout doit être abandonné, à l'exception des choses déclarées incessibles et insaisissable.

Le débiteur doit abandonner les biens qui lui sont survenus par la suite, en vertu du précédent jugement de cession, sans qu'il soit nécessaire pour lui ou pour ses créanciers d'en obtenir un second. Le jugement rendu engage le présent et l'avenir, jusqu'à parfait payement.

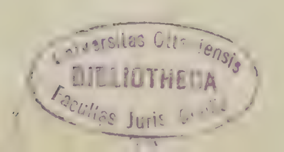
10. Quant à ces biens à venir, les créanciers en sont saisis, comme des biens présents, et au fur et à mesure de leur acquisition, sans qu'ils puissent acquérir sur eux par nouvelle hypothèque, transport particulier, délégation spéciale, oppotion ou saisie-arrêt, aucun privilége personnel, à l'exclusion et au préjudice les uns des autres. Leurs droits ont été réglés et déterminés, une fois pour toutes, par le premier jugement portant cession.

11. Si le débiteur vient à contracter, par la suite, d'autres engagements, ses nouveaux créanciers ne peuvent rien prétendre sur les biens précédemment acquis et cédés, tant que les premiers, à qui cession en a été faite, n'ont pas été intégralement payés. Ceux-ci en ont été saisis par attribution exclusive.

Mais quant aux biens qui sont plus tard survenus au débiteur, ils ne laissent pas d'être indistinctement le gage commun de tous les créanciers, dont les titres sont antérieurs à chaque acquisition. Ces créanciers, même postérieurs à la cession, viennent ainsi sur ces biens concurremment avec les autres, et sont admis à exercer sur eux tous droits de privilége général ou spécial qu'ils tiennent de la loi elle-même.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME

Limoges, imp. Ve H. Ducourtieux, 7, rue des Arènes.






a39003 008597477b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

